Der gutgläubige Erwerb der Hypothek

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Karl Hartmann
Referendar aus München

Approbiert am 25. Februar 1931.

München 1931

Buchdruckerei und Verlagsanstalt Carl Gerber

31:146

Der gutgläubige Erwerb der Hypothek

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Karl Hartmann
Referendar aus München

Approbiert am 25. Februar 1931.

München 1931

Buchdruckerei und Verlagsanstalt Carl Gerber

Referent: o. ö. Univ.-Prof. Dr. Friedrich Lent.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsübersicht.

Seite

Literaturverzeichnis 5

Einleitung:

§ 1. Begrenzung des Themas.
Übersicht über den Gang der Darstellung 9

Hauptteil:

1. Abschnitt: Voraussetzungen für einen gutgläubigen Erwerb der Hypothek.

1. Bei der Verkehrshypothek.

§ 2. a) Als Buchhypothek 15
§ 3. b) Als Briefhypothek 21
§ 4. 2. Bei der Sicherungshypothek 37

2. Abschnitt: Wirkungen eines gutgläubigen Erwerbs der Hypothek.

§ 5. Vorbemerkungen 38

1. Kapitel: Wirkung für den dinglichen Anspruch.

I. Hauptanspruch.

1. Bei der Verkehrshypothek.

§ 6. a) Als Buchhypothek 44
§ 7. b) Als Briefhypothek 52
§ 8. 2. Bei der Sicherungshypothek 53
§ 9. II. Nebenanspruch 55

2. Kapitel: Wirkung für den persönlichen Anspruch.

§ 10. 1. Allgemeines 61
§ 11. 2. Einwendungen und Einreden des persönlichen Schuldners im besonderen. Einschlägige Konstruktionsfragen . . . 62
§ 12. 3. Kapitel: Welche Ansprüche hat der verletzte wirklich Berechtigte? 77

Literaturverzeichnis.

Arnheim: Grundbuchordnung, 2. Aufl., Berlin 1913.

Bähr: Zur Cessionslehre i. Jh. J., Bd. 1, S. 351 ff., Jena 1857.

Bernhöft: Zur Lehre von den Fiktionen in dem B.G.B. Heft 6 der Beiträge zur Auslegung des B.G.B., herausgegeben von Bernhöft und Binder, Leipzig 1905.

Biermann: Sachenrecht im Kommentar zum B.G.B., herausgegeben von Biermann u. a., 3. Aufl., Berlin 1914.

Boehm: Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht, Hannover 1898.

Boehmer: Trennung von Hypothek und Forderung im Arch. bürg. R., Bd. 37, S. 205 ff., Berlin 1912.

Brachvogel: Nachweis des Gläubigerrechts einer Hypothek bei mehrfacher, einen Erbfall in sich schließender Übertragung. In Gruch. Beitr., Bd. 49, S. 305 ff., Berlin 1905.

Brzezinski: Klage und Einreden im Hypothekenrecht. Skizzen zum B.G.B. VI in Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. Bd. 63, S. 141 ff., Erlangen 1898.

Buhrke: Über die rechtsgeschäftliche Hypothekenübertragung. Königsberger Diss. 1925. (Maschinenschrift).

Conrades: Gilt § 40 Abs. 2 auch für die Fälle des § 41 Abs. 1 G.B.O. Recht 1903, S. 100.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 7./8. Aufl., Jena 1924.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. 3, Tübingen 1905.

Dernburg: Das bürgerliche Recht. Bd. 3. Das Sachenrecht. 4. Aufl., Halle 1908.

Dronke: Die Anwendbarkeit des § 1155 B.G.B. und des § 40 Abs. 2 G.B.O. beim Übergange des bloßen dinglichen Hypothekenrechts. Im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat. 1. Jahrg., S. 955 ff., Leipzig 1901.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Abt. 1. Sachenrecht, 8. u. 9. Aufl., Berlin 1905.

Enneccerus-Lehmann: Recht der Schuldverhältnisse in Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II (früher Bd. I, Abt. 2). 11. Bearb., Marburg 1930.

Esslen: Der gesetzliche Übergang von Forderungsrechten. Würzburger Diss. 1910.

Fischer-Henle: Handausgabe des B.G.B., 13. Aufl., München 1927.

Fuchs: Grundbuchrecht. Bd. I, Berlin 1902.

Gierke O., von: Deutsches Privatrecht, Bd. 2. Sachenrecht, im Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, herausgegeben von Binding, Bd. II, 3, 2, Leipzig 1905.

Gieseke: Der öffentliche Glaube des Grundbuchs nach § 892 B.G.B. in seiner Wirkung Grundstücksrechten gegenüber. Leipzig. Diss. 1910.

Güthe-Triebel: Grundbuchordnung, 5. Aufl., Berlin 1929.

Hachenburg: Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldrecht des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. (2. Lesung), Mannheim 1895.

Hachenburg: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge, 2. Aufl., Mannheim 1900.

Hagelberg: Entwicklung und Probleme der neueren Hypothekenpraxis. Heft 4 der Beiträge zur Kenntnis des Rechtslebens, herausgegeben von Arthur Nußbaum, Tübingen 1926.

Hedemann: Sachenrecht des B.G.B., in Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Stier-Somlo. Bd. III, Berlin/Leipzig 1924.

Heuer: Der öffentliche Glaube des Grundbuchs nach dem Rechte des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs. Heidelb. Diss. 1910.

Heymann: Hypothekenbuch- und Grundbuchwesen im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, herausgegeben von Elster, Weber und Wieser. Bd. 5, S. 335 ff., 4. Aufl., Jena 1923.

Kletke: Die Rechtsbeziehung des Gläubigers zur Forderung. Breslauer Diss. 1927.

Kober: Sachenrecht, in Staudingers Kommentar zum B.G.B., Bd. III, 9. Aufl., München/Berlin/Leipzig 1926.

Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. 2, Teil 2, Berlin 1919.

Kohler: Substanzrecht und Wertrecht, im Arch. civ. Pr. Bd. 91, S. 155 ff. Tübingen und Leipzig 1900.

Kretzschmar: Das Sachrenrecht des B.G.B., Leipzig 1906.

Leist: Privatrecht und Kapitalismus im 19. Jahrhundert. Tübingen 1911.

Loewenwarter: Lehrkommentar, Bd. IV., Sachenrecht. Berlin 1925.

Mündheim: Erwerb der Briefhypothek kraft öffentlichen Glaubens gemäß § 1155 B.G.B., Heft 26 der Rechtswissenschaftlichen Studien, herausgegeben von Reichel u. a., Berlin 1925.

Neumann: Handausgabe des B.G.B., Bd. I, 4. Aufl., Berlin 1905.

Nußbaum: Deutsches Hypothekenwesen, ein Lehrbuch. Tübingen 1913.

Oberneck: Das Hypothekenrecht des B.G.B. Ein Vortrag. Heft 6 der Veröffentlichungen des Berliner Anwaltvereins, Berlin 1897.

Oberneck: Zur Auslegung des § 40 Abs 2 G.B.O. und des § 1155 B.G.B. Heft 4 der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins. Bd. 3, S. 154 ff., Halle 1903.

Oberneck: Das Reichsgrundbuchrecht. 2 Bände, 4. Aufl. (= Oberneck R.G.B.R.), Berlin 1909.

Oertelt: Geht bei gutgläubigem Erwerb der Hypothek auch die persönliche Forderung auf den Zessionar über? Im Recht 1914, S. 294.

Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse im Kommentar zum B.G.B., herausgegeben von Biermann u. a., 5. Aufl., Berlin 1927/29.

Paucke: Abtretung von Hypotheken und Grundschulden nach dem B.G.B. Greifswalder Diss. 1912.

Planck: Kommentar zum B.G.B. Bd. III, Sachenrecht. 4. Aufl., Berlin/Leipzig 1920.

Predari: Die Grundbuchordnung, 2. Aufl., Berlin 1913.

Ramdohr: Das Rechtsprinzip zum Schutze mangelhafter menschlicher Erkenntnisfähigkeit im B.G.B. in Gruch. Beitr., Bd. 44, S. 115 ff., Berlin 1900.

R. G. R. K.: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit bes. Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Reichsgerichtsräten und Senatspräsidenten am Reichsgericht. Bd. III, Sachenrecht. Bearb. v. Busch u. Schliewen. 6. Aufl., Berlin/Leipzig 1928.

Rosenberg: Kommentar zum B.G.B., Bd. 3, Sachenrecht. München 1919.

Rosenberg: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl., Berlin 1929.

Sander: Der Erwerb der Briefhypothek nach § 1155 B.G.B. Göttinger Diss. 1914.

Sawitz: Der Inhalt des Grundbuches nach § 892 B.G.B. (Anhang: Der Inhalt des Hypothekenbriefes nach § 1155 B.G.B.). Berlin 1908.

Schmid: Die Abtretung der Verkehrshypothek nach dem B.G.B. Leipziger Diss. 1914.

Schreiber: Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik. Bd. 1. Leipzig 1914.

Schweitzer: Begründung und Nachweis des Gläubigerrechts nach § 1155 B.G.B. und § 40 Abs. 2 G.B.O. in Gruch. Beitr., Bd. 45, S. 558 ff.

Schwind, von: Wesen und Inhalt des Pfandrechts. Bd. 2, Heft 1 der Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß, herausgegeben von Fischer. Jena 1899.

Siméon-David: Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche. 1. Bd. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 2. Hälfte. 12. u. 13. Aufl., Berlin 1924.

Soergel: B.G.B. nebst Einführungsgesetz. Unter Verwertung der gesamten Rechtssprechung und Rechtslehre bearbeitet. 4. Aufl., Stuttgart 1929.

Sporleder: Die Einwendungen des Eigentümers gegen den Anspruch aus der Hypothek nach B.G.B. Rostocker Diss. 1907.

Staub-Stranz: Kommentar zur Wechselordnung. 10. Aufl., Berlin/Leipzig 1923.

Sternberg: Die Bedeutung des § 1138 B.G.B. in Jh. J. Bd. 61, S. 385 ff., Jena 1912.

Strohal: Das Deutsche Erbrecht auf Grundlage des B.G.B., Bd. II, 3. Aufl., Berlin 1904.

Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht. Bd. 1. Das Sachenrecht des B.G.B., 3. Aufl., Paderborn 1906.

Wach: Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, Bd. 1, im Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, herausg. von Binding IX, 2, 1.

Werner: Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1: §§ 241—432 in Staudingers Kommentar zum B.G.B. Bd. II, Teil 1, 9. Aufl., München, Berlin, Leipzig 1930.

Willms: Über das Verhältnis der Hypothek zur hypothekarisch gesicherten Forderung im geltenden Recht. Göttinger Diss. 1927.

Wolf, A.: Die Behandlung der Hypothekenzinsen im Falle der Verkehrshypothek des B.G.B. Leipziger Diss. 1908.

Wolff, M.: Sachenrecht in Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 3 (früher Bd. 2, Abt. 1) 8. Bearbeitg. Marburg 1929.

Wolff, Th.: Wird der Zusammenhang der Reihe der Abtretungserklärungen im Sinne des § 1155 B.G.B. und des § 40 Abs. 2 G.B.O. durch einen Erbfall unterbrochen? Im Recht 1903, S. 7 ff.

Archiv für bürgerliches Recht (= Arch. bürg. R.).

Archiv für zivilistische Praxis (= Arch. civ. Pr.).

Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot (= Gruch. Beitr.).

Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (= Jh. J.).

Juristische Wochenschrift (= J. W.).

Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand (= Recht).

Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.

Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat.

Jahrbuch des Deutschen Rechts begründet von Neumann.

Soergels Rechtssprechung. Jahrbuch des Zivilrechts.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (= R.G.E.).

Die Rechtssprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (= O.L.G.E.).

Entscheidungen in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts zusammengestellt im Reichsjustizamte (= R.J.A.).

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (= K.G.J.).

Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen auf dem Gebiete des Zivil-, Handels- und Prozeßrechts.

Warneyer, Die Rechtssprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts (Ergänzungsband).

Motive, zu dem Entwurf (= E.) eines B.G.B. für das Deutsche Reich. Amtl. Ausgabe, Berlin/Leipzig 1888. (= M.).

Denkschrift zum Entwurf eines B.G.B. Berlin 1896.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des B.G.B. Berlin 1899 (= P.).

Paragraphen ohne weiteren Zusatz sind grundsätzlich solche des B.G.B.

Die Werke sind mit dem Namen der Verfasser zitiert.

Wolff ohne Vorname ist: Wolff, M. Sachenrecht.

Einleitung.

§ 1. Begrenzung des Themas.

Übersicht über den Gang der Darstellung.

I.

Je größer der Titel einer Abhandlung ist, desto leichter ist gewöhnlich die stoffliche Begrenzung; kurze Überschriften sind meist wenig bestimmt und erfordern länger einleitende Bemerkungen über das „Wie" und „Was". Das Thema der vorliegenden Arbeit — der gutgläubige Erwerb der Hypothek — scheint prima facie auch sehr allgemein gehalten zu sein. Hat man aber erst Stellung genommen zur Normenquelle in zeitlicher und örtlicher Hinsicht, so ergibt sich der übrige Rahmen eigentlich von selbst. Immerhin sollen auch die bloßen Folgerungen ausdrücklich hervorgehoben werden. Der Versuch den Hauptteil möglichst übersichtlich zu gestalten und von Prämissen freizuhalten, mag die etwas längere Einleitung entschuldigen.

1. Zeitliche Grenzziehung.

Wirtschaftliche und rechtliche Wandlungen im letzten Jahrzehnt haben dazu geführt, das Gesamtbild des Hypothekenverkehrs in recht erheblicher Weise umzugestalten und Wissenschaft und Praxis wurden, besonders durch die Aufwertungsgesetzgebung, vor die Lösung neuer Aufgaben gestellt. Die Grundlagen des Hypothekenrechts und des Hypothekenverkehrs sind aber im wesentlichen bestehen geblieben; für grundsätzliche Erörterungen hypothekenrechtlicher Fragen wird man sich auch heute noch darauf beschränken können, die Vorschriften des B.G.B. und der R.G.B.O. heranzuziehen. Bei einer Darstellung des gutgläubigen Erwerbs der Hypothek handelt es sich um eine solche prinzipielle Frage; die gesamte Aufwertungsgesetzgebung wird daher unberücksichtigt bleiben können[1]).

[1]) Literatur und Rechtsprechung des Aufwertungsrechts sind auch so umfangreich, daß nur eine Sonderbehandlung Sinn hat. Außerdem bezieht sich das Aufwertungsrecht auf ältere Hypotheken, während die vorliegende Arbeit nur die neueren Hypothekengeschäfte im Auge hat. Schließlich sei auch noch erwähnt, daß mit dem Ablauf des 31. Dezember 1931 die Vorschrift des § 22 Abs. 2 des Aufwertungsgesetzes außer Kraft tritt (§ 19 des Gesetzes über die Bereinigung der Grundbücher vom 18. Juli 1930 R.G.Bl. 1930 S. 307), wodurch der öffentliche Glaube des Grundbuchs wieder voll hergestellt ist.

Aber auch die historische Entwicklung soll nicht miteinbezogen werden. Nicht etwa aus einer „zeitgemäßen" Mißachtung der Geschichte; im Gegenteil, man erweist der Historie einen geringen Dienst, wenn man sie nur zur Einleitung mißbraucht, und anders wäre es hier nicht möglich, da der Hauptteil dieser Schrift kein entwicklungsgeschichtliches Ziel hat, sondern die gegenwärtige Regelung darzustellen versucht und rein dogmatisch Auslegungsfragen des jetzigen Rechts behandeln will. Die Kenntnis der deutsch- und römisch-rechtlichen Grundlagen des modernen Hypothekenwesens ist vorausgesetzt. Es wird auf die einzelnen Lehrbücher verwiesen.

2. Örtliche Grenzziehung.

Keine Übersicht über fremde Rechte, keine Rechtsvergleichung!

3. Sonstige Begrenzung des Stoffes.

a) Das B.G.B. hat, um allen Bedürfnissen des Verkehrs Rechnung zu tragen, mehrere Rechtsformen geschaffen, in welchen sich die Kreditbelastung von Grundstücken vollziehen kann: Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld [2]). Trotz aller Gegensätzlichkeit gelten aber vielfach die gleichen Rechtssätze, wie ja überhaupt das B.G.B. im 2. Abschnitt seines 3. Buchs (§§ 873 ff.) allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken getroffen hat. Auf diese allgemeinen Vorschriften wird man auch in unserem Fall zurückgreifen müssen; aber nur soweit dies unumgänglich notwendig ist, wenn anders die Beschränkung des Themas auf die Hypothek einen Sinn haben soll. Ziel ist nicht der große Zusammenhang, der Typus mit der Hypothek als Beispiel; Ziel ist der konkrete Fall, das Detail, der gutgläubige Erwerb der Hypothek.

b) Im besonderen gilt diese Beschränkung für das, was über den guten Glauben zu sagen sein wird. Es kann nicht unsere Aufgabe sein, das Prinzip festzustellen, das all jenen Vorschriften

[2]) Hypothek und Grundschuld sind Grundstückbelastungen mit dem Inhalt, daß an den, zu dessen Gunsten die Belastung besteht, eine bestimmte Geldsumme aus einem Grundstück zu bezahlen ist. Der Unterschied zwischen beiden liegt nach §§ 1113, 1191 darin, daß bei der Hypothek die Summe „zur Befriedigung wegen einer Forderung" zu zahlen ist, während bei der Grundschuld eine persönliche Forderung nicht vorausgesetzt wird (§ 1192). Die Rentenschuld ist eine Unterart der Grundschuld; bei ihr wird ein Grundstück in der Weise belastet, daß in regelmäßig wiederkehrenden Terminen eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist (§ 1199). Innerhalb der Hypothek ist wieder zu unterscheiden zwischen der Sicherungshypothek (1184) und der Verkehrshypothek oder der gewöhnlichen Hypothek, wie das Gesetz in § 1186 sagt. Daß die Forderung besteht, wird bei der Verkehrshypothek vermutet und zugunsten redlicher Dritter fingiert, wenn die Forderung eingetragen ist (§ 1138). Bei der Sicherungshypothek ist in Ansehung der Hypothekenforderung der Bucheintrag völlig wirkungslos. Näheres unten § 6 II 1. a. E. und § 8 I. Über den Unterschied zwischen Buch- und Briefhypothek vergl. die §§ 1116, 1185 B.G.B., ferner unten II a. E.

über den Schutz gutgläubigen Erwerbs und vor allem der materiellen Publizität des Grundbuchs (§ 892) innewohnt. Es soll nicht näher davon gesprochen werden, daß z. B. der gute Glaube in der Bedeutung, die das B.G.B. mit dem Worte verbindet, sich keineswegs mit dem Begriff deckt, den man im Hinblick auf den allgemeinen Sprachgebrauch erwarten sollte; kurz über die Unzulänglichkeit der bona fide Konstruktion [3]).

c) Nur der gutgläubige Erwerb der Hypothek ist Gegenstand unserer Erörterungen. Daraus folgt ein Doppeltes:

α) Es ist nur der Schutz des Erwerbers des neuen Gläubigers [4]) zu behandeln; inwieweit das Gesetz auch den Eigentümer und persönlichen Schuldner, so vor allem bei ihren Kapital- und Zinszahlungen in ihrem guten Glauben schützt (vergl. § 893), bleibt außer Betracht. Dabei ist allerdings zu beachten, daß z. B. ein Grundeigentümer [5]), der im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs an den vermeintlichen Gläubiger einer Buchhypothek nach Fälligkeit der Forderung mit befreiender Kraft das Kapital zahlen kann, nach § 1163, Abs. 1 Satz 2, bzw. nach § 1143, Abs. 1 auch die Hypothek erwirbt, also im tatsächlichen Ergebnis ein gutgläubiger Erwerb der Hypothek. Dies ist aber nur die notwendige Folge davon, daß zugunsten des Leistenden der Inhalt des Grundbuchs als richtig gilt; nur die Wirkung einer auch dem wahren Gläubiger gegenüber rechtsbeständigen Befriedigung. Unter den juristischen Begriff des gutgläubigen Erwerbs der Hypothek gehört dieser Fall nicht [6]).

β) Vorbehaltlich obligatorischer Ausgleichungspflichten [7]) ist jener Rechtserwerb endgültig [8]). Ereignisse, die nach Vollendung des gesamten Erwerbstatbestandes liegen, fallen also nicht unter unsere Untersuchung. Dies bedarf um so mehr der Hervorhebung, als Motive und viele Kommentare zu § 1156 leicht zu Mißverständnis

---

[3]) Vergl. hierüber besonders Ramdohr.

[4]) Meistens liegt ein Wechsel in der Gläubigerschaft einer zum mindesten buchmäßig bestehenden Grundstücksbelastung vor; nur in dem seltenen Fall, daß ein bloßer Bucheigentümer eine Hypothek bestellt, handelt es sich auch formell um einen Ersterwerber.

[5]) Oder ein Ablösungsberechtigter nach § 1150, nicht aber der persönliche Schuldner oder ein Bürge. Ausführliche Begründung bei Sternberg, S. 397 ff.

[6]) Dies folgt auch aus § 892, wonach nur der auf Rechtsgeschäft beruhende Erwerb geschützt wird. (Vergl. unten § 2, II), während es sich hier um einen Erwerb kraft Gesetzes handelt. Übrigens wird dieser Sonderfall später in anderem Zusammenhang (unten § 11, II, 4 c *β*) noch einmal erörtert werden müssen; es wäre daher auch unzweckmäßig, ihn in die allgemeine Darstellung aufzunehmen.

[7]) Vergl. unten § 12.

[8]) Wer einmal gutgläubig erworben, ist damit auch in der Lage, zugunsten eines bösgläubigen Dritten wirksam zu verfügen. Vergl. unten Anm. 38, S. 26.

Anlaß geben können. Es ist zwar durchwegs richtig, wenn es z. B. heißt[9]): „Das Öffentlichkeitsprinzip verlangt, daß dem redlichen Erwerber einer Hypothek nicht bloß die Rechtsgültigkeit der Erwerbung, sondern auch der unverkürzte Fortbestand der einmal rechtmäßig (und redlich) erworbenen Hypothek gewährleistet wird". Oder[10]): „Es wäre ein innerer Widerspruch, die gegen den bisherigen Gläubiger begründeten Einwendungen gegen den neuen Gläubiger auszuschließen, wenn dieselben v o r der Übertragung entstanden, dagegen zuzulassen, wenn sie erst n a c h der Übertragung zur Entstehung gelangt sind."

Diese Sätze sind aber nur auf die B e g r ü n d u n g und Rechtfertigung der Vorschrift abgestellt. Bei der A u s l e g u n g des zum Gesetz gewordenen § 1156 ist es unbedingt nötig, seine völlige Unabhängigkeit vom guten Glauben festzustellen. Auch die weitere Formulierung Kobers[11]): „Die Vorschrift des § 1156 bedeutet eine Einschränkung des obligationenrechtlichen Schutzgedankens jener §§ 406—408 zuungunsten des Grundstückseigentümers, eine Erweiterung des Grundbuchschutzes aber liegt darin nicht", bringt nicht deutlich genug zum Ausdruck, daß § 1156 auch Anwendung findet wenn kein gutgläubiger Erwerb der Hypothek vorliegt[12]).

Überdies läßt auch das Gesetz in § 1158 durch die Allegierung der §§ 406—408 mit § 892 eine klare Scheidung beider Begriffe vermissen[13]).

Mit der in § 1139 geregelten Exceptio non numeratae pecuniae scheint allerdings der Grundsatz, daß Vorkommnisse nach der Abtretung[14]) der Hypothek für die Frage des gutgläubigen Erwerbes keine Rolle spielen können, durchbrochen zu sein. Wenn der auf solche Weise eingetragene Widerspruch auch gegen redliche Dritte wirkt, so folgt dies aber nur aus der ihm vom Gesetz verliehenen rückwirkenden Kraft. Der Widerspruch zerstört stets den öffentlichen Glauben desjenigen Bucheintrags, gegen den er sich richtet (§ 892). Diese Wirkung ist hier (gegenüber dem Normalfall) durch die Anordnung einer Rückziehung nur verstärkt[15]).

d) Gutgläubiger Erwerb der Hypothek ist auch möglich auf Grund öffentlichen Glaubens des Erbscheins (§ 2366). Dieser Fall

[9]) Kober, § 1156, II, 1.

[10]) Motive III, 711.

[11]) § 1156, II, 1 b, übernommen aus Ramdohr S. 373.

[12]) Den Gegensatz bildet hier freilich nicht schlechtgläubig. Jeder gutgläubige Erwerb setzt den unerwünschten Rechtsverlust eines anderen voraus; wenn alles in Ordnung geht, kann man nicht von gutgläubigem Erwerb sprechen. Gemeint ist also jenseits von gut- und schlechtgläubig.

[13]) Vergl. auch unten Anm. 44, S. 57.

[14]) Erwerbsgrundlage ist fast durchwegs eine Abtretung (vergl. oben Anm. 4). Auf diesen Fall soll auch unsere Arbeit beschränkt bleiben. Den Erwerb von einem bloßen Bucheigentümer besonders zu betrachten, eröffnet keine neuen Perspektiven. Vergl. auch unten § 5.

[15]) Vergl. Wolff § 137, IV, ferner unten § 2, III, 2.

wird jedoch außer Betracht bleiben; nur die sachenrechtlichen, insbesondere hypothekenrechtlichen Bestimmungen sollen berücksichtigt werden [16]).

e) Im Streite um die richtige Erfassung des Verhältnisses von Hypothek zu einer persönlichen Forderung bildet der gutgläubige Erwerb ein Hauptargument der Gegner des Akzessorietätsgedankens. Unsere Darstellung wird sich daher auch mit dieser Frage befassen müssen; wie ja überhaupt die Wirkung des gutgläubigen Erwerbs der Hypothek auf die persönliche Forderung als ein Hauptpunkt dieser Arbeit besonders ausführlich behandelt werden soll.

Trotzdem wird die Frage der Akzessorietät aber nicht um ihrer selbst willen, sondern nur wenn und insoweit sie für unser Thema von Bedeutung ist, erörtert werden; diese Beschränkung wird für die Auslegung der so wichtigen §§ 1138, 1153 nur von Vorteil sein.

II.

Innerhalb des so festgelegten Rahmens soll folgende Gliederung Platz greifen:

In einem ersten Abschnitt sollen die Voraussetzungen für einen gutgläubigen Erwerb der Hypothek besprochen werden. Soweit es sich um die Buchhypothek handelt, wird eine kurze Schilderung genügen, da hier im wesentlichen nur allgemeine Grundsätze zur Anwendung kommen, dagegen werden die Besonderheiten der Briefhypothek einen breiteren Raum einnehmen.

Im zweiten Abschnitt werden die Wirkungen zu erörtern versucht. Hier ist auf die Rechtsstellung des Erwerbers und des verletzten wirklich Berechtigten näher einzugehen. Die Beschaffenheit der Hypothek in der Hand des Erwerbers tritt praktisch besonders klar bei der Geltendmachung, sei es des dinglichen, sei es des persönlichen Anspruchs, hervor [17]). Es soll daher dieser Fall angenommen und untersucht werden, welche Verteidigung dem Eigentümer (persönlichen Schuldner) gegen die dingliche (persönliche) Klage gegeben ist. Dabei wird die verschiedene Gestaltung des geschützten Erwerbes bei der dinglichen Klage eine Trennung zwischen Haupt- und Nebenanspruch erforderlich machen. Was den verletzten wirklich Berechtigten anlangt, so ist zu fragen, ob er sich etwa auf dem Wege des Regresses schadlos halten kann.

Beiden Abschnitten gemeinsam ist die jeweilige Trennung von Verkehrshypothek und Sicherungshypothek; Buchhypothek und Briefhypothek. Diese Unterscheidungen sind an sich selbstverständlich. Zu der auch im folgenden grundsätzlich beibehaltenen Voranstellung der Verkehrshypothek bzw. der Buchhypothek ist jedoch zu sagen:

---

[16]) Siehe jedoch unten § 11, Text zu Anm. 49, S. 75.

[17]) Näheres unten § 5.

a) Bei der verschiedenartigen Regelung wäre es vielleicht praktischer, mit der Sicherungshypothek zu beginnen. Der gutgläubige Erwerb ist etwas Exzeptionelles. Davon wird die Sicherungshypothek weniger ergriffen als die gewöhnliche Hypothek und erscheint darum als Ausgangspunkt besser geeignet[18]). „Praktischer" aber nur vom Standpunkt einer „nachträglichen Prognose", die hier um so weniger gebilligt werden kann, als z. B. die endgültige Bedeutung des § 892 für Hypothekeneinträge erst aus § 1138 erhellt und damit das Wesen der Sicherungshypothek erst nach dem der Verkehrshypothek erkannt werden kann[19]).

b) Dagegen bestehen zwischen der Buch- und Briefhypothek keine Wesensunterschiede. Das Vorhandensein eines Briefes, den das Grundbuchamt über die Hypothek ausstellt, ist eine Tatsache, die mit dem Wesen nichts zu tun hat. Lediglich als Repräsentant des Grundbuchs ins Leben gerufen, um an seiner Stelle bei Rechtsgeschäften als Unterlage zu dienen und damit den Verkehr zu erleichtern, ist der Brief für den Begriff der Hypothek ohne Belang. Hier können wir deshalb von der Ordnung des B.G.B., wonach die Briefhypothek die Regel ist (§ 1116), abweichen, wenn es zweckmäßig erscheint. Dies ist der Fall: es gelten die gleichen Regeln wie für die Buchhypothek; nur durch das Vorhandensein des Hypothekenbriefes ergeben sich einige Abweichungen. Daher soll in erster Linie eine Buchhypothek angenommen und dann das Besondere der Briefhypothek mitgeteilt werden.

---

[18]) So stellt z. B. Oberneck, Vortr. S. 7, die Sicherungshypothek an die Spitze seiner Erörterungen.

[19]) Vergl. unten § 6, II, 1.

Hauptteil.

Erster Abschnitt:

Voraussetzungen für einen gutgläubigen Erwerb der Hypothek.

1. Bei der Verkehrshypothek.

a) Als Buchhypothek.

§ 2.

Hier greifen unmittelbar die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs ein: §§ 892 ff.

Vorausgesetzt ist also:

I. Unrichtigkeit des Grundbuchinhalts.

(R.G.E. 61, 202), d. h. das Grundbuch steht mit der wirklichen, materiellen Rechtslage (R.G.E. 51, 421) nicht im Einklang. Von Einzelheiten sei hier nur erwähnt[1]):

1. Die persönlichen Eigenschaften des Veräußerers, z. B. Identität mit dem eingetragenen Berechtigten, Geschäftsfähigkeit, Legitimation des Vertreters stehen außerhalb des Schutzes, da sie nicht eintragungsfähig und deshalb nicht Inhalt des Grundbuchs sein können. (Vergl. R.G.E. 69, 269.)

2. Nach ihrem Inhalt unzulässige Eintragungen (G.B.O. § 54, Abs. 2, S. 2) machen das Grundbuch nicht „unrichtig". Hierunter fallen auch Eintragungen, die unter Verletzung der materiellen Normen über deren Art und Inhalt vollzogen und deshalb nichtig sind. Ist z. B. bei Eintragung einer Hypothek der Gläubiger oder der Betrag der Hypothek nicht angegeben, also § 1115 verletzt, so kann ein Dritter nicht „gutgläubig" erwerben; denn das Nichtbestehen der Hypothek geht aus dem objektiv richtigen Grundbuch hervor.

---

[1]) Näheres über den Begriff des Grundbuchinhalts gehört nicht hierher. Vergl. darüber die Kommentare zu §§ 892—894, besonders Rosenberg Sachenrecht § 892, II, 1a; ferner unten § 5 bei der „Wirkung des gutgläubigen Erwerbs", denn der Inhalt des Grundbuchs gilt ja als richtig.

II. Rechtsgeschäftlicher Erwerb[2]).

Damit ist ausgeschlossen:

1. Der Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung. Z. B., wenn eine Hypothek gepfändet und zur Einziehung überwiesen (R.G.E. 90, 332) oder wenn eine Sicherungshypothek eingetragen worden ist im Wege der Zwangsvollstreckung (R.G.E. 84, 281).

2. Der Erwerb kraft Gesetzes[3]); insbesondere in den Fällen der Gesamtfolge (auch wenn diese auf einem Rechtsgeschäft beruht) oder bei Eintritt der ehelichen Gütergemeinschaft (§ 1438).

III. „Guter Glaube".

Hier handelt es sich, wie bereits hervorgehoben[4]), nicht um einen allgemeinen Begriff, dessen Merkmale aus dem Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens zu entnehmen sind. Auch ist es kein terminus technicus im Sinne eines in seiner Bedeutung gleichbleibenden Fachausdrucks. Während man früher darüber gestritten hat, was zum guten Glauben gehört; geprüft hat, ob der Irrtum, auf dem der gute Glaube beruht, auch ein unentschuldbarer sein dürfe; gefragt hat, ob nur eine grobe oder ob jede Fahrlässigkeit den guten Glauben ausschließe, gibt das B.G.B. nur für jede Einzelmaterie hierauf die Anwort[5]). Dabei findet sich z. B. in § 932 eine für das Fahrnisrecht bindende Legaldefinition; im Liegenschaftsrecht dagegen gebraucht der Gesetzgeber den Ausdruck gutgläubig überhaupt nicht[6]).

Erforderlich ist, was § 892 damit ausdrückt, daß er sagt:

„Es sei denn, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist. Ist der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zugunsten einer bestimmten Person beschränkt, so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist."

---

[2]) Daß das durch § 892 geschützte Erwerbsgeschäft auch ein zweiseitiges sein muß und daß § 892 nicht gilt, für diejenigen Rechtsgeschäfte, deren Vorteil dem zu Unrecht Eingetragenen selber zufällt (vergl. Rosenberg Sachenrecht § 892, II, 3 c, γ, δ), braucht hier nicht eigens hervorgehoben zu werden. Bei dem rechtsgeschäftlichen Erwerb einer Hypothek ist es selbstverständlich, daß der Erwerber weder unmittelbar „nach dem Inhalt der Eintragung berechtigt noch durch sie verletzt" (so umschreibt Oberneck R.G.B. R. I, 382 die Person dieses „Dritten") sein kann.

[3]) Vergl. jedoch oben § 1, Anm. 6 und unten § 11, II, 4 c β.

[4]) Oben § 1, I, 3 b.

[5]) Hachenburg, Vortr. S. 130.

[6]) Wolff, § 45, Anm. 16, empfiehlt darum auch für das Liegenschaftsrecht andere Wendungen und zwar „Redlichkeit, Unredlichkeit". Dies erscheint unnötig. Für den Laien sind diese Bezeichnungen ebenso irreführend; während es für den Juristen ungefährlich ist auch hier von gutgläubig zu sprechen, zumal die meisten Schriftsteller beide Ausdrücke (gutgläubig und redlich) als identisch nebeneinander, auch im Fahrnisrecht verwenden.

Ein rein negativer Begriff! Man kann sagen: Maßgebend ist das Fehlen der Bösgläubigkeit.

Dazu ist im einzelnen noch zu bemerken:

1. Unnötig ist ein positives Vertrauen auf die Richtigkeit. Der Erwerber braucht weder das Grundbuch eingesehen, noch sich darauf verlassen haben [7]).

2. Für den Widerspruch, dessen allgemeine Voraussetzungen in § 899 geregelt sind, enthält § 1139 eine Sonderbestimmung für die Buchhypothek. Im Falle der Bestellung einer für ein Darlehen begründeten Buchhypothek soll der auf den Einwand der nicht gezahlten Valuta sich gründende Widerspruchsantrag ohne weitere Glaubhaftmachung der behaupteten Tatsachen zur Eintragung dann genügen, wenn er innerhalb eines Monats nach der Eintragung der Hypothek gestellt wird. Grund für diese Sondernorm ist folgendes: Während die Briefhypothek das Gläubigerrecht auf den Eingetragenen erst mit der Aushändigung des Briefes überträgt (§§ 1117 und 1163, Abs. 2) und dadurch den Austausch von Hypothek und Geld Zug um Zug ermöglicht, ist bei der Buchhypothek notwendigerweise die Vorleistung eines Teiles, gewöhnlich des Eigentümers, erforderlich. Der erste Gläubiger erwirbt zwar sein Recht schon durch die Eintragung, falls die Einigung dieser vorausgegangen ist; aber auch wenn die Eintragungsbewilligung unterzeichnet ist, besteht die Möglichkeit, daß die Eintragung beanstandet wird. Die Darlehensgeber pflegen deshalb das Geld erst dann zu geben, wenn die Hypothek tatsächlich eingetragen ist; der Grundeigentümer muß also vorleisten. Da aber der Gläubiger kraft seiner Eintragung in der Lage ist über die Hypothek zu verfügen und dem Eigentümer die Exceptio non numeratae pecuniae durch Abtretung an einen gutgläubigen Erwerber zu entziehen (§ 1138), bildet § 1139 ein notwendiges Korrektiv gegen diese Gefahr.

3. Nur die positive Kenntnis der Grundbuchunrichtigkeit (einschließlich des Bestehens einer nicht aus dem Grundbuch ersichtlichen Verfügungsbeschränkung) macht „bösgläubig". Ein selbst grob fahrlässiges Nichtwissen ist belanglos. (§ 892, Abs. 1, argumentum e contrario § 932, Abs. 2.) Auch genügt es nicht, daß man beim Erwerb einer Hypothekenforderung nur allgemein von dem Gegenüberstehen von Gegenforderungen oder sonstigen Einwendungen weiß [8]). Erforderlich zur Zerstörung des guten Glaubens ist eingehende Kenntnis der Art und der Berechtigung der Einwendungen [9]). Mit anderen Worten, allgemein gesprochen: wer bloß

---

[7]) Herrschende Meinung. Literatur bei Planck § 892, II, 2. Anders R.G.E. 61, 202: „Der Erwerber muß den Willen haben, nach den Angaben des Grundbuchs zu erwerben". Vergl. jedoch R.G.E. 74, 420 und besonders R.G.E. 86, 356 und dazu R.G.R.K. § 892, 10, S. 143.

[8]) R.G. Im Recht 1910 Nr. 1969.

[9]) Vergl. R.G.E. 78, 33; Gruch. Beitr. 50, 992.

Zweifel an der Richtigkeit des Grundbuchs hegte, hat keine Kenntnis[10]). Kenntnis der Unrichtigkeit des Buchs ist auch nicht das gleiche wie Kenntnis der Tatsachen, aus denen die Unrichtigkeit folgt. Erlangt auch der Erwerber von zuverlässiger Seite aus die Kenntnis von Tatsachen, die objektiv zur Erschütterung des Glaubens an die Richtigkeit des Grundbuchs geeignet sind, so schließt dies allein seine Gutgläubigkeit nicht aus. Es entscheidet lediglich die subjektive Einstellung zu den Mitteilungen; im Einzelfall ist es Frage der Beweiswürdigung[11]) (Z.P.O. § 286). Daher ist anerkanntermaßen[12]) auch ein Rechstirrtum in der Beurteilung der bekannten Tatsachen unschädlich[13]).

Wie steht es aber in sonstigen Irrtumsfällen? Hier handelt es sich nicht, wie man vielleicht annehmen könnte, nur um eine grundsätzliche, längst erörterte Frage, so daß eine genauere Untersuchung in dieser Arbeit in Widerspruch stehen würde mit der oben (§ 1, I, 3 a u. b) gegebenen stofflichen Begrenzung. Allgemein ist zwar die Fragestellung; auch wird sich die Antwort nur mit allgemeinen Grundsätzen begründen lassen. Beispiele werden aber zeigen, daß solche Irrtumsfälle gerade — vielleicht auch nur — für das Hypothekenrecht praktisch sind; auch sind sie bis jetzt nur ganz vereinzelt behandelt worden[14]). Wegen ihrer grundlegenden Bedeutung für spätere Probleme[15]) und des Zusammenhangs halber, mag ihre Besprechung gleich an dieser Stelle gestattet sein, wenn auch manchmal etwas aus der „Wirkung des gutgläubigen Erwerbs" vorweggenommen werden muß.

---

[10]) Vergl. Rosenberg Sachenrecht § 892, II, 4 e β, Leist, S. 43, ferner unter Anm. 25, S. 23.

[11]) Ausnahmen: Kenntnis der Anfechtbarkeit, § 142, Abs. 2 B.G.B. Kenntnis des Versteigerungsantrags, § 23, Abs. 2, Z.V.G.

[12]) Vergl. u. a. besonders Leist, S. 36 ff., dann die bei Kober §§ 892, III 2 a α, 1137, I, 2 b angeführte Literatur, aus den R.G.-Entscheidungen besonders, J. W. 1911, 135, wo ein hypothekenrechtlicher Fall zugrunde liegt.

[13]) Damit stimmt überein, wenn Ramdohr S. 128 den Zweck der Publizität des Grundbuchs darin sieht, den Widerstreit zwischen Tatsachen und juristischen Folgerungen zu mildern.

[14]) Ich habe sie überhaupt nur bei Schmid, S. 37, kurz erwähnt gefunden. Seine Ausführungen werden dieser Darstellung zugrunde gelegt und weiter auszubauen versucht. — Das Beispiel 3 ist zwar aus Neumann, § 1138, II d entnommen. Dort dient es aber nur als Beweis dafür, daß im Fall des § 1138 die ohne Forderung bestehende Grundstücksbelastung nicht als Grundschuld, sondern als forderungslose Hypothek anzusehen ist. Vergl. auch unten Anm. 18 S. 65. Hier handelt es sich um die primäre Frage der Geltung dieser Einrede, die Neumann voraussetzt, ohne irgendwie zu begründen. Selbstverständlich, oder gar aus § 1138 direkt abzuleiten, ist diese Geltung keineswegs.

[15]) Außer für den Konstruktionsstreit bei § 1138 m. E. auch für die Auslegung des § 1140.

1. Beispiel:

X, der Erwerber einer Hypothek nimmt an, die hypothekarisch gesicherte Darlehensforderung sei 5 Jahre lang gestundet. In Wirklichkeit ist das Darlehen gar nicht entstanden.

Bei strikter Wortauslegung wird man zum Resultat kommen: Der vorhandene Mangel — das Nichtbestehen einer Forderung — wird durch den guten Glauben gedeckt, §§ 1138, 892; der vorhanden geglaubte Mangel — die dilatorische Einrede der Stundung § 1137 — ist tatsächlich nicht vorhanden, weil ja keine Forderung besteht. Also erlangt der Erwerber ein mangelfreies Recht.

Das Beispiel soll noch vereinfacht werden =

2. Beispiel:

Forderung und Stundung bestanden und wurden in das Grundbuch eingetragen. Infolge späterer rechtsgültiger Anfechtung wird aber die Forderung nichtig, das Grundbuch ist noch nicht berichtigt, auch ist kein Widerspruch gebucht. X erwirbt die Hypothek im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs.

Resultat: Das Nichtbestehen der Forderung wird durch den guten Glauben gedeckt, §§ 1138 und 892. § 892 gilt jedoch nur zugunsten des Erwerbers [16]). In bezug auf die Einrede wird sich also X auf die wahre Rechtslage, d. i. das tatsächliche Nichtvorhandensein, berufen. X erlangt ein mangelfreies Recht.

Hier zeigt sich m. E. der Gedankenfehler und damit der Ausgangspunkt zur Lösung der Frage. Es kann nicht richtig sein, daß X bei einem und demselben Erwerb, soweit die Existenz der Forderung in Frage steht, sich auf das Grundbuch berufen, bei der Einrede dagegen die wahre Rechtslage geltend machen kann [17]). Es besteht auch kein Bedürfnis, einem Erwerber mehr zu gewähren, als er zu erhalten glaubt und erhalten will. Es wäre höchst unbillig und weit über den rechtspolitischen Grund des Schutzes gutgläubigen Erwerbs hinausgehend, wollte man in unserem Fall dem X gestatten, sofort, ohne daß ihm die Einrede der Stundung entgegengehalten werden könnte, die Zwangsvollstreckung zu betreiben, kurz ihn aus dem Nichtbestehen der Forderung noch Vorteil ziehen lassen.

Dieser Interessenabwägung wird sich auch eine richtig verstandene Konstruktions-Jurisprudenz nicht verschließen können. Deshalb, ohne einer schrankenlosen Interessen-Jurisprudenz oder gar der „freien Rechtsschule" das Wort zu reden:

---

[16]) Vergl. Kober § 892, III, 5 und Cosack-Mitteis, Bd. II, 1, § 31, I, 4, S. 117: „Die Fiktion gilt relativ."

[17]) Anders ist es z. B., wenn der gutgläubige Erwerber einer Hypothek geltend machen würde, eine andere auf dem Grundbuchblatt voreingetragene Belastung bestehe nicht. (Vergl. Rosenberg Sachenrecht § 892, III, 3, S. 429). Da ist keine innere Abhängigkeit vorhanden.

Mangels einer positiven Vorschrift muß dieser rechtspolitische Grund genügen, um das Resultat des zweiten Beispiels dahin zu korrigieren, daß der Grundstückseigentümer gegenüber X zwar nicht die Existenz der Forderung bestreiten, wohl aber die dilatorische Einrede der Stundung geltend machen kann.

Damit, und nur damit, ist auch die Richtigkeit des von Neumann [18]) angeführten Beispiels erwiesen =

3. Beispiel:

„Erwirbt ein rechtsgeschäftlicher Erwerber einer Kaufgeldhypothek in Kenntnis der entgegenstehenden Einrede des nicht-erfüllten Vertrags, aber gutgläubig hinsichtlich der begründetermaßen stattgehabten Anfechtung, so bleibt trotz objektiven Nichtvorhandenseins der Forderung dennoch die Einrede des nicht-erfüllten Vertrags bestehen. Der Hypothekengläubiger muß deshalb nachweisen, daß alles dasjenige geleistet ist, was zu leisten gewesen wäre, wenn die Anfechtung nicht erfolgt wäre."

Es erschien zweckmäßig, von einer fälschlicherweise eingetragenen, tatsächlich nicht bestehenden Einrede auszugehen (Beispiel 2 und 3). Das Ergebnis zeigt jedoch, daß nicht der unrichtige Grundbucheintrag das Maßgebende ist. Gleichgültig, worauf sich die Kenntnis des Erwerbers stützt, jedesmal, wenn die Einrede tatsächlich nur deshalb nicht vorhanden ist, weil die Forderung nicht oder nicht mehr besteht (Beispiel 1), müssen die angeführten Grundsätze zur Anwendung kommen. Allgemein wird man deshalb mit Schmid (S. 37) sagen dürfen:

„Der Erwerber erwirbt ein Recht von der Qualität, wie er es zu erwerben geglaubt hat; wenn die Qualität des Rechts besser ist, als er geglaubt hat, dann erwirbt er das Recht, wie es besteht."

Welche Bedeutung diese Erkenntnis für die Auslegung des § 1140 hat, siehe unten § 3, I, Text zu Anm. 30. Ihr Einfluß auf den Konstruktionsstreit bei § 1138 siehe unten § 11, I, a. E.

4. Was den für die Beurteilung der Gutgläubigkeit maßgebenden Zeitpunkt anlangt, so muß man allgemein unterscheiden, ob der Rechtserwerb durch Vermittlung des Grundbuchs erfolgt oder nicht. Bei der Buchhypothek ist die Eintragung immer notwendig; hier ist nach § 892 Abs. 2 die Zeit der Stellung des Antrags auf Eintragung oder, wenn die Einigung erst später zustande kommt, die Zeit der Einigung ausschlaggebend. Die Stellung des Antrags ist eine Willenserklärung, die einer Behörde gegenüber abzugeben ist: sie wird daher in dem Zeitpunkt wirksam, in dem sie der Behörde zugeht (§ 130, Abs. 1 und 3).

[18]) § 1138, II, 2 b.

b) Als Briefhypothek.

§ 3.

Auch für den gutgläubigen Erwerb einer Briefhypothek gelten vor allem die allgemeinen Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs.

Besonderheiten — gegenüber der Buchhypothek — sind folgende:

I.

Soweit die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus dem Hypothekenbrief oder einem Vermerk auf dem Briefe hervorgeht, kann sich der Erwerber nicht auf den Inhalt des Grundbuchs berufen. Ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs, der aus dem Briefe oder einem Vermerk auf dem Briefe hervorgeht, steht einem im Grundbuch eingetragenen Widerspruch gleich (§ 1140).

Damit ist zum Ausdruck gebracht: Nur das Grundbuch genießt öffentlichen Glauben. Zugunsten des Gläubigers, zugunsten des materiellen Rechts hat das Grundbuch den Vorzug. Aber der Brief hat die Kraft, den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zu zerstören; insoweit die Unrichtigkeit des Buchs aus dem Briefe hervorgeht, überwindet der Briefinhalt den Buchinhalt. Ist also z. B. in dem Hypothekenbrief eine vorgehende Grundstücksbelastung, die aus dem Grundbuch ersichtlich ist, nicht aufgeführt, so muß der Erwerber der Hypothek die Last gleichwohl gegen sich gelten lassen[19]). Lautet aber z. B. die im Grundbuch stehende Eintragung auf eine Darlehenshypothek von 10 000 *RM*, während auf dem Hypothekenbrief ein Bekenntnis des Zedenten über eine erfolgte Teilzahlung von 6000 *RM* sich findet, so kann der Zessionar sich nicht darauf berufen, daß er von der Teilzahlung nichts gewußt habe und also 10 000 *RM* erlangen müsse, weil die Eintragung im Buch auf diese Summe laute.

Das ist allgemein anerkannt[20]). Streitig ist jedoch, wann man sagen kann: Die Unrichtigkeit des Grundbuchs „geht" aus dem Brief oder einem Vermerk auf dem Briefe „hervor". Gewöhnlich wird von der Voraussetzung ausgegangen, daß die Richtigkeit des Hypothekenbriefs feststehen oder bewiesen werden muß; eine vielfach übliche Formulierung lautet: „Der richtige Brief geht dem

[19]) Nußbaum § 11, IV, S. 49.

[20]) Vergl. Hachenburg, Vortr. S. 594: „Der Hypothekenbrief ist lediglich der Vertreter des Grundbuchblattes. Als Vertreter kann er nicht mehr Rechte geben als der Vertretene hat." Ferner Planck § 1140, 2, Kober, § 1140, I und die dort jeweils angeführte Literatur; Motive III, 756; Boehm, § 1140, I sagt zwar: „Der Brief ist der Repräsentant des Grundbuchs; er genießt deshalb wie das Grundbuch öffentlichen Glauben", kommt aber zum inhaltlich gleichen Ergebnis, indem er zwischen positiver und negativer Seite unterscheidet und nur in negativer Richtung den öffentlichen Glauben des Briefs unbeschränkt sein läßt. Nur aus dem Zusammenhang gerissen, wird seine Formulierung mißverständlich.

unrichtigen Grundbuch vor“ [21]). Dagegen behauptet Wolff [22]), daß es ausreichen müsse, wenn der Text des Briefes begründete Zweifel an der Richtigkeit des Buchs aufkommen läßt; er führt zunächst als Beispiel an, daß im Grundbuch statt einer Hypothek von 1000 ℛℳ eine solche von 10 000 ℛℳ verzeichnet ist, während der Brief richtig auf 1000 ℛℳ lautet, und sagt hierauf — und damit setzt er sich in Widerspruch zur herrschenden Lehre — „dasselbe muß aber m. E. dann gelten, wenn im Brief ebenfalls eine falsche Zahl, nur eine andere als im Buch (8 000, 11 000) steht“.

Die erstere Ansicht wird von der herrschenden Lehre gleich einer Selbstverständlichkeit nirgends näher begründet. Daß ein Martin Wolff anderer Meinung ist, genügt aber wohl, um sagen zu dürfen, daß das Erfordernis der Richtigkeit des Briefinhalts keineswegs selbstverständlich sein kann und aus dem bloßen Wortlaut des § 1140 wohl nicht zu ersehen sein wird. Im Anschluß an 2, vielleicht weniger praktische, dafür aber wohl instruktive Beispiele, soll eine Stellungnahme zu den beiden Lehrmeinungen versucht werden.

1. Beispiel:

Als Zinsatz einer für A eingetragenen Briefhypothek sind bei deren Bestellung 6% vereinbart worden; der Zinssatz wird im Hypothekenbrief richtig, dagegen im Grundbuch fälschlich auf 5% angegeben. A tritt die Hypothek an B ab.

2. Beipiel:

Als Zinssatz einer für A eingetragenen Briefhypothek sind bei deren Bestellung 4% vereinbart worden; fälschlicherweise wird aber der Zinssatz im Grundbuch auf 5%, im Hypothekenbrief gar auf 6% angegeben. A tritt die Hypothek an B ab.

In beiden Fällen lautet das Grundbuch auf 5%, der Brief auf 6%. Für den Erwerber also die gleiche Verschiedenheit von Buch und Brief, das gleiche äußere Bild; in beiden Fällen ist das Grundbuch unrichtig, dagegen ist der Brief nur im 1. Beispiel richtig. Damit steht fest, daß es bei Nichtübereinstimmung von Buch und Brief von vornherein, im Zeitpunkt des Erwerbes meist nicht sicher ist, ob der Brief oder das Buch unrichtig ist. Wer deshalb sagt, daß es aus diesem Grund ausreichen müsse, wenn der Text des Briefes begründete Zweifel an der Richtigkeit des Buchs aufkommen läßt [23]), geht vom Standpunkt des Erwerbers aus. Wer da-

---

[21]) So im Anschluß an K.G.J., Bd. 44, S. 256 = R.J.A., Bd. 12, S. 261, Kober, § 1140, 1; Planck, § 1140. 2; Biermann, § 1140, 1; Crome, Bd. 3, § 479, Anm. 52; Kretzschmar, § 1140, 1; Siméon-David, S. 172; Turnau-Förster, § 1140, 4; Fuchs, Bd. 1, § 1140, 1, der auch besonders hervorhebt, daß die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Buchs durch einen unrichtigen Brief nicht ausgeschlossen wird.

[22]) § 142, VII, 1.

gegen, wie die herrschende Lehre, zur Anwendung des § 1140 verlangt, daß der Briefinhalt richtig sein muß, verlegt die Entscheidung auf einen späteren Zeitpunkt, geht davon aus, daß der Richter, welcher den wahren Sachverhalt bereits kennt, zum Resultat kommt, dieser wahre Sachverhalt ist aus dem Brief ersichtlich.

Man sollte nun meinen, hieraus folge ohne weiteres die Richtigkeit der Wolffschen Auffassung. Denn: der für die Beurteilung der Gutgläubigkeit maßgebende Zeitpunkt ist die Vollendung des gesamten Erwerbstatbestandes [24]); dabei kommt es auf ein rein subjektives Moment, den guten Glauben des Erwerbers, an. Die Meinung des Erwerbers im Zeitpunkt des Erwerbs wird also auch hier ausschlaggebend sein? Es wäre jedoch unrichtig, wollte man die herrschende Meinung so übereilig eines Mangels an Logik zeihen. Notwendig ist nur, was bisher fehlt, die Begründung.

Es ist zu erinnern an das, was oben [25]) über die Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs gesagt wurde: wer bloß Zweifel an der Richtigkeit des Grundbuchs hegte, hat keine Kenntnis. Dies gilt auch hier. Was will § 1140 anders, als den Beweis der Schlechtgläubigkeit erleichtern [26]), indem er die „Kenntnis" unwiderleglich präsumiert, wenn aus dem Brief die Unrichtigkeit hervorgeht. Zweifel an der Richtigkeit des Buchs genügen daher nicht! Nur wenn der Brief geeignet ist, positive Kenntnis der Unrichtigkeit zu vermitteln, wird der Tatbestand des § 1140 gegeben sein und positive Kenntnis vermag nur der „richtige Brief" zu verschaffen. Da es sich nur um eine vom Gesetzgeber fingierte [27]) Kenntnis handelt, ist es auch nicht unvereinbar mit den allgemeinen Grundsätzen über den gutgläubigen Erwerb, wenn es meist erst durch eine objektiv nachträgliche Prüfung mit Sicherheit festgestellt werden kann, ob diese Voraussetzung vorliegt oder nicht.

Von großer praktischer Bedeutung ist die Streitfrage nicht: durch Formvorschriften ist dafür gesorgt, daß Verschiedenheiten von Buch und Brief nur äußerst selten vorkommen können [28]). Außerdem wird in derartigen Fällen der Inhalt des Briefes nicht erst durch § 1140 als bekannt fingiert [27]) werden brauchen, sondern

---

[23]) Wolff a. a. O.

[24]) Vergl. unten III.

[25]) § 2, III, 3 Text zu Anm. 10.

[26]) Vergl. Kober, § 1140, 4, entnommen aus Ramdohr, Seite 370. „Die ganze Vorschrift stellt keineswegs ein besonderes Rechtsinstitut dar, sondern enthält lediglich eine Beweisregel." Ferner Motive, III, 756 über den Grund der Vorschrift.

[27]) Der klareren Gegenüberstellung halber soll hier von Fiktion gesprochen werden. Eigentlich handelt es sich um eine praesumptio iuris et de iure (scil. contrarii probationem non admittens). In beiden Fällen sollen zwar zwei Tatbestände rechtlich als gleich behandelt werden; bei der Fiktion ist sich der Gesetzgeber aber der Verschiedenheit bewußt, bei der Präsumption ist sie nur eventuell möglich.

[28]) Vergl. R.G.B.O. §§ 42, 52, 62, 68.

tatsächlich bekannt sein. Ist dann der Brief unrichtig[29]), so kommt zwar nach unserer Meinung § 1140 nicht zur Anwendung, ein etwa unbilliges Ergebnis wird aber durch die oben unter „Irrtum" dargelegten Grundsätze vermieden[30]). Dazu noch folgendes Beispiel:

Die im Grundbuch stehende Eintragung lautet auf eine Darlehenshypothek von 10 000 *RM*. Auf dem darüber ausgestellten Hypothekenbrief findet sich ein Bekenntnis des Zedenten über eine erfolgte Teilzahlung von 6000 *RM* (§ 1145). Der Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist, zahlt noch vor der Abtretung an X die Restsumme (4000 *RM*), ohne sich den Hypothekenbrief aushändigen zu lassen (§ 1144).

Lösung: § 1140 findet keine Anwendung, weil der Brief nicht richtig ist. Trotzdem kann sich X — der den Inhalt des Briefes kannte — nicht darauf berufen, daß er 10 000 *RM* erlangen müsse, weil die Eintragung im Grundbuch auf diese Summe laute. Aus dem Erlöschen der Forderung darf X keinen Vorteil ziehen. Die Hypothek des X beträgt 4000 *RM*.

Dies erscheint billig — aber auch genügend. Wollte man hier mit Wolff § 1140 anwenden, müßte man m. E. konsequenterweise jedwede Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs ausschließen, also den X nichts erwerben lassen. Dies kann nicht gemeint sein. Ebensowenig würde auch eine konsequente Durchführung der Wolffschen Meinung im umgekehrten Fall befriedigen, d. h. auch dann die wahre Rechtslage zugrunde zu legen, wenn der Brief eine für den Gläubiger noch günstigere Rechtslage enthält, als der ebenfalls falsche Bucheintrag. Z. B. im Grundbuch ist statt einer Hypothek von 1000 *RM* eine solche von 10 000 *RM* verzeichnet. Im Brief steht 11 000 *RM*. Hier erwirbt X vielmehr gemäß §§ 892, 1138 die Hypothek in Höhe von 10 000 *RM*.

Wird man also mit der herrschenden Lehre die Richtigkeit des Hypothekenbriefs voraussetzen dürfen, so frägt sich nun noch, wann man sagen kann, daß der Text des Hypothekenbriefs richtig ist, m. a. W., ob der „Vermerk auf dem Briefe" — nur insoweit können jetzt noch Zweifel sein — einer bestimmten Form bedarf oder nicht und auf welche Weise seine Wirkung wieder beseitigt werden kann. Unbestrittenermaßen genügt ein bloßer Privatvermerk, gleichgültig, ob er vom Eigentümer, einem Gläubiger oder einem Dritten auf den Brief gesetzt wurde. Doch wird man mit

[29]) Und das Grundbuch mit ihm und der wahren Rechtslage nicht im Einklang.

[30]) Oben § 2, III, 3 a. E. — Das Beispiel 2 mit der Stundung lautet dann: Forderung und Stundung bestanden, die Stundung wurde jedoch nur auf dem Brief vermerkt, infolge späterer rechtsgültiger Anfechtung wird aber die Forderung nichtig und damit sowohl Grundbuch wie Hypothekenbrief unrichtig. Gegenüber dem redlichen Erwerber X kann der Grundstückseigentümer zwar nicht die Existenz der Forderung bestreiten (§§ 892, 1138), wohl aber die dilatorische Einrede der Stundung geltend machen.

Wolff[31]) dies dahin einzuschränken haben, daß Privatvermerke nur dann erheblich sind, wenn sie ersichtlich mehr als Notizen für den eigenen Gebrauch des Schreibers sind. Im übrigen lassen sich wohl keine allgemeinen Regeln aufstellen, insbesondere wird man die Frage, wann die Wirksamkeit eines Privatvermerks wieder aufgehoben ist, als eine Frage der Beweiswürdigung im einzelnen Fall bezeichnen dürfen[32]).

II.

Eine weitere Abweichung vom Recht der Buchhypothek ist in § 1155 normiert.

Hier ist auszugehen von dem Zweck der Briefhypothek: die Übertragung des Hypothekenrechts außerhalb des Grundbuchs zu ermöglichen und dadurch die Hypothek zu einem leicht übertragbaren und damit verkehrsfähigen Rechte zu machen[33]). Dieser Zweck wird nur dann erreicht, wenn der Erwerber bei der außerhalb des Grundbuchs erfolgenden Übertragung ebenso geschützt ist, wie wenn er von einem im Grundbuch eingetragenen Gläubiger erwerben würde[34]). Nach den allgemeinen Grundsätzen über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs würde sich bei mehrfacher Abtretung (außerhalb des Grundbuchs) jeder spätere Erwerber zwar darauf verlassen können, daß der Ersteingetragene wirklicher Hypothekar war, aber nicht darauf, daß dessen Nachmänner Hypothekare geworden sind. Der Schutz des öffentlichen Glaubens mußte daher erweitert werden[35]). Dies ist durch § 1155 geschehen. Dort heißt es:

---

[31]) § 142, VII, 2.

[32]) So Planck, § 1140, 3 a.

[33]) Daneben hat diese Hypothekenform auch sonst noch Vorteile, z. B. schützt sie den Schuldner davor, daß der Gläubiger vor Zahlung des Gegenwerts oder nach Rückzahlung desselben die Hypothek an einen gutgläubigen Dritten abtritt. Vergl. §§ 1117, 1144, 1160; ferner oben § 2, III, 2.

[34]) Wer von einem im Grundbuch eingetragenen Gläubiger erwirbt oder gar als Ersterwerber die Briefhypothek — vom bloßen Bucheigentümer — bestellt erhält, wird unmittelbar nach §§ 892, 1138 geschützt; also keine Besonderheiten gegenüber der Buchhypothek.

[35]) Vergl. Planck, § 1155, 1: „Durch § 1155 wird der Schutz des öffentlichen Glaubens erweitert, nicht eingeschränkt." Und die dort angeführte Literatur, besonders Ramdohr, S. 371: „Es erscheint sehr wohl möglich, daß Personen, die eine Hypothek gemäß § 1155 erwarben, sich auf den eigentlichen Grundbuchschutz berufen müssen, weil der Mangel, an dessen Heilung ihnen liegt, nur durch den Inhalt dieser Erkenntnisquelle verdeckt wird." Und Wolff, § 142, VIII.

Dies ist übrigens nicht der einzige Fall, wo das Gesetz eine Ausdehnung der §§ 892 ff. anordnet; vergl. §§ 1138, 1157. Bei diesen (auch für die Buchhypothek geltenden) Vorschriften handelt es sich aber um eine Erweiterung des Grundbuch*inhalts* (auf Forderung und Einreden), also im wesentlichen um eine Frage der *Wirkung* des gutgläubigen Erwerbs. (Vergl. oben § 2, Anm. 1, unten § 5, Anm. 4.) In § 1155 werden dagegen die Bestimmungen über den öffentlichen Glauben auch auf die beglaubigten

„Ergibt sich das Gläubigerrecht des Besitzers des Hypothekenbriefs aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen, so finden die Vorschriften der §§ 891—899 in gleicher Weise Anwendung, wie wenn der Besitzer des Briefes als Gläubiger im Grundbuch eingetragen wäre. Einer öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung steht gleich ein gerichtlicher Überweisungsbeschluß und das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung der Forderung."

Vorausgesetzt ist also:

1. der Besitz des Briefes. Dies erklärt sich daraus, daß zur Abtretung der Briefhypothek nach § 1154 Abs. 1 stets die Übergabe des Briefes notwendig ist. Der Besitz muß Eigenbesitz sein; es genügt aber mittelbarer, denn zur Abtretung der Briefhypothek ist auch der Wechsel des mittelbaren Besitzes ausreichend [36]). Der Nachweis, daß dem Gläubiger der Brief übergeben wurde, ist nicht erforderlich; dies wird nach §§ 1154 Abs. 1, Satz 1, 1117 Abs. 3 vermutet. Auch braucht der redliche Besitzer die Rechtmäßigkeit des Besitzes seines Vormannes nicht zu prüfen, „da der Nachweis, daß der Hypothekenbrief von einem Vormann auf den anderen übergeben worden ist, praktisch zu großen Schwierigkeiten führen und die Verkehrsfähigkeit der Hypothekenbriefe wesentlich beeinträchtigen würde" [37]). Es kommt nur darauf an, ob der neue Gläubiger einen Mangel im Rechte des Zedenten gekannt hat; wer einmal gutgläubig den Hypothekenbrief erwarb, ist damit auch in der Lage, über ihn zugunsten bösgläubiger Dritter wirksam zu verfügen [38]).

2. Eine zusammenhängende auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen oder gerichtlichen Überweisungsbeschlüssen oder öffentlich beglaubigten Anerkenntnissen von Übertragungen kraft Gesetzes.

Abtretungsurkunden ausgedehnt und damit eine neue „Erkenntnisquelle" (Ramdohr, S. 370) geschaffen; es handelt sich also vor allem um eine Frage der Voraussetzungen für einen gutgläubigen Erwerb. Vergl. auch die Unterscheidung zwischen fingiertem Tatbestand und Fiktionsbasis bei Bernhöft, S. 382.

[36]) §§ 1154, 1117; R.G.E. 86, 264. — Der mittelbare Besitz gilt jedoch nicht uneingeschränkt; er hat keine allgemein gültige Legitimationsfunktion, z. B. nicht gegenüber Grundeigentümer und Grundbuchamt. Vergl. die §§ 1160 B.G.B. und 42 G.B.O. Eine ausführliche Begründung des ganzen Fragenkomplexes mit Einschluß der Rechtslage beim Vorliegen mehrerer Hypothekenbriefe findet sich bei Mündheim, S. 1—10.

Grundeigentümer und Grundbuchamt stellen überhaupt strengere Anforderungen, so auch was die Frage des „Zusammenhangs" anlangt. (§§ 1155, 1160 B.G.B., 40 Abs. 2, G.B.O.). Darüber siehe unten Anm. 41, S. 27 und 52, S. 30.

[37]) P. III, 657.

[38]) M. III, 752, 753. Vergl. auch oben Anm. 8, S. 11.

Dazu ist im einzelnen zu sagen:

a) Die zusammenhängende Reihe.

a) Das Wort „Reihe" gibt Fuchs [39]) zu der Behauptung Anlaß, daß die Vorschrift nur in Betracht kommen könne, wenn mindestens zwei Übertragungen der in § 1155 genannten Art in das Grundbuch nicht eingetragen seien. Den Fall, wo der Briefbesitzer unmittelbar sein Recht vom eingetragenen Gläubiger ableite, wolle § 1155 nicht regeln; auf ihn fänden die §§ 891 ff. unmittelbare Anwendung. Dieser strengen Wortauslegung ist nicht beizutreten. Angenommen: A, im Grundbuch eingetragen, zediert (beglaubigt) an B, dieser an C. Richtig ist, daß für B § 892 unmittelbar eingreift, da er vom eingetragenen Gläubiger sein Recht ableitet. Das verschafft ihm aber noch nicht die Vermutung des § 891. Weshalb soll aber dem Erstzessionar (B) diese Vermutung nicht ebenso zugute kommen wie einem späteren Zessionar (C)?

In § 1160 ist ferner bestimmt, daß der Geltendmachung der Briefhypothek widersprochen werden kann, wenn der nicht im Grundbuch eingetragene Gläubiger sich nicht gemäß § 1155 legitimiert. Sollte also der Gläubiger, welcher den Brief vorlegt und sich durch eine Abtretungserklärung ausweist, die Hypothek gegenüber dem Widerspruch des Eigentümers nicht geltend machen können? [40])

Bedeutet „Reihe" mindestens zwei Urkunden, so findet auf B auch § 40 Abs. 2 G.B.O. keine Anwendung. B könnte also seine Hypothek ohne Eintragung gemäß § 1154 zwar weiterübertragen, aber nicht die Eintragung des neuen Gläubigers beantragen, ohne sich selbst ins Grundbuch eintragen zu lassen? [41]).

Zu diesen rein prozessualen und formalen Gründen kommt dann vor allem — für unser Thema ausschlaggebend — eine materiellrechtliche Erwägung [42]): Genügt eine einzige Abtretungserklärung

[39]) § 1155, 3; ebenso Arnheim, § 40, 26; Turnau-Förster, § 1155, 1; Güthe-Triebel, § 40, 26 (es ist aber zu bemerken, daß Güthe für den Fall des § 40, Abs. 2 G.B.O. auf dem entgegengesetzten Standpunkt steht).

[40]) Inkonsequent Fuchs § 1160, 7.

[41]) Aus diesem Grund sieht hier auch Güthe-Triebel, § 40, 26, von der Notwendigkeit mehrerer Übertragungen ab. Dies ist aber in doppelter Hinsicht unrichtig: einmal muß in Wirklichkeit § 1155 auch für das materielle Recht so ausgelegt werden und außerdem wäre ohne den materiell-rechtlichen Hintergrund diese formelle Erwägung allein keineswegs beweiskräftig, da es tatsächlich Fälle gibt, in denen jemand, ohne eingetragen zu sein, seine Hypothek weiter übertragen kann, zur Eintragung des neuen Gläubigers aber die Eintragung des Zedenten notwendig ist. Vergl. unten bei Anm. 52, S. 30.

[42]) Deshalb unrichtig, wenn Kretzschmar, § 1155, III, 1. S. 524 meint, daß erst mit Einbeziehung des § 891 in den § 1155 (anders Entwurf 1, § 1114) dieser zugleich auf den Fall ausgedehnt worden sei, wo der neue Gläubiger der unmittelbare Nachmann des eingetragenen Gläubigers ist. Der folgende Grund gilt auch für § 1114 des 1. Entw.

zur Anwendung des § 1155 nicht, so kann sich auch C nicht auf die Gläubigerstellung des B verlassen, denn B ist weder im Grundbuch eingetragen (§ 892), noch durch eine „Reihe" von Abtretungserklärungen ausgewiesen (1155). Dies hat aber der Gesetzgeber sicher nicht gewollt; wer vom Erstzessionar gutgläubig erwirbt, muß doch ebenfalls geschützt sein. Mündheim (S. 11) hebt mit Recht hervor, daß außerdem jene Ansicht den außergrundbuchlichen Verkehr, den gerade § 1155 anregen soll, im Keime ersticken würde, weil C als vorsichtiger Mann darauf dringen würde, daß B sich eintragen läßt, damit ihm, dem C, alle Vorteile des öffentlichen Glaubens zuteil werden.

Statt der „Reihe" im Sinne von mehreren Übertragungen genügt also auch eine einzige Abtretungserklärung. Der Ton liegt nicht auf dem Worte Reihe, sondern auf dem Worte zusammenhängend [43]).

Die so geforderte zusammenhängende Reihe ist dahin zu verstehen, daß der Zessionar der einen Abtretungserklärung jeweils der Zedent der folgenden sein muß [44]). Dabei ist allerdings hervorzuheben, daß die Reihe des § 1155 nicht in dem Sinne lückenlos sein muß, daß die Unterschrift der zweiten Zession gleich der Namensangabe des Gläubigers der ersten Zession ist; denn es kommt häufig vor, daß die zweite Abtretung durch Bevollmächtigte, gesetzliche Vertreter oder andere Verfügungsberechtigte getroffen wird; die geforderte Identität zwischen dem Zedenten einer jeden Abtretungserklärung und dem Zessionar der vorangehenden bleibt dadurch gewahrt. Wichtig ist nur, daß hier auch die Vollmacht zum Ausweis des Gläubigerrechts erforderlich ist, also zu der Abtretungserklärung des § 1155 gehört [45]).

β) Indem das Gesetz das Vertrauen auf eine zusammenhängende Reihe von öffentlich beglaubigten Urkunden schützt, schützt es das der Urkunde, nicht der Person geschenkte Vertrauen des Erwerbers [46]); ist eine der Abtretungen nichtig, so bleibt dies unbeachtet, wenn eine formgerechte Abtretungserklärung vorliegt. Welche Wirkung hat es aber, wenn die Übertragungskette des § 1155 unterbrochen ist z. B. durch eine unbeglaubigte Abtretungserklärung? [47])

[43]) So Biermann, § 1155, 4 c; Oberneck, R.G.B.R. Bd. 2, S. 200; Mündheim a. a. O.; Planck, § 1155, 2 d; R.G.R.K. § 1155, 2; Wolff, § 142, Anm. 16 u. a. Wenn von Planck, R.G.R.K., Wolff auch auf R.G.E. 86, 264 und 93, 44 verwiesen wird, so ist das ungenau, da in diesen Entscheidungen das R.G. seinerseits ohne eigene Stellungnahme auf Güthe § 40, 26 verweist und damit nur „für den § 40, Abs. 2" (vergl. Güthe a. a. O., oben Anm. 41, S. 27) von der Notwendigkeit mehrerer Übertragungen absieht.

[44]) Kober, § 1155, I, 1 b.

[45]) Vergl. Mündheim, S. 12, 28 und 49; Planck, § 1155, 2 b; R.G.R.K. § 1155 2; R.G. Warn. 8, S. 318 ff.; interessant auch O.L.G.E. 8, 140.

[46]) Hachenburg, Vortr. S. 589.

[47]) Ob durch einen Erbfall, durch die bloße Quittung oder Löschungsbewilligung der Zusammenhang unterbrochen ist, ist streitig. Darüber unten d.

Beispiel (nach Planck a. a. O.):

A ist als Gläubiger im Grundbuch eingetragen und es liegt folgende Reihe von Abtretungserklärungen vor:

A an B beglaubigt,
B an C beglaubigt,
C an D unbeglaubigt,
D an E beglaubigt,
von E erwirbt F.

Daß dem E der objektive Bestand der Hypothek, so wie er sich aus dem Buch und Brief ergibt, gewährleistet ist (§§ 892 und 1140), daß die Publizitätswirkung der v o r der Unterbrechung liegenden Urkunden (A an B, B an C) bestehen bleiben, ist heute allgemein anerkannt. Unstreitig ist auch, daß bei Nichtigkeit der privatschriftlichen Abtretung F und seine Nachmänner wie auch schon E und D kein Gläubigerrecht erwerben können. Zweifel haben sich aber ergeben, welche Wirkung es hat, wenn die nichtbeglaubigte Zession bewiesenermaßen gültig ist. Hier wird von der wohl herrschenden Meinung angenommen, daß mit der nicht formgerechten Urkunde der gutgläubige Erwerb „abschneidet" (Hachenburg, Vortr. S. 589), daß also die auf die Unterbrechung folgenden Urkunden keine Publizitätswirkungen mehr auslösen [48]). Selbst bei materieller Gültigkeit der Zession C an D und nun beglaubigter Abtretungserklärung D an E könnte also dem F entgegengehalten werden, daß z. B. dem E der Brief nicht übergeben worden sei, dieser sich vielmehr den Besitz durch Diebstahl verschafft habe. Demgegenüber wird von einigen Schriftstellern [49]) mit Recht die Ansicht vertreten, daß im letzteren Falle wieder die Wirkung des § 1155 eingreife; „denn das materielle Recht selbst muß ebenso stark wirken wie die (durch die öffentliche Beglaubigung geschaffene) Garantie des Gesetzes, daß materielles Recht vorliegt" [50]).

Allerdings ist eine Unterscheidung von großer Wichtigkeit, deren Beachtung Martin Wolff [51]) besonders empfiehlt — von Ramdohr a. a. O., Kober a. a. O. wohl übersehen, jedenfalls nicht genügend hervorgehoben —, nämlich der Unterschied zwischen der „Fähigkeit des Briefbesitzers über die Hypothek wirksam zugunsten solcher zu verfügen, die seine Legimitation gelten lassen, und den Rechten des Briefbesitzers gegenüber solchen, die seine Legimitation nicht gelten lassen wollen (Grundbuchamt, Grundeigentümer)".

[48]) Biermann, § 1155, 4 b; Hachenburg a. a. O.; Planck, § 1155, 2 b, c; R.G. R.K. § 1155, 3; Sawitz, S. 123 ff.

[49]) So Ramdohr, S. 372; Kober, § 1155, III; Wolff, § 142, VIII; Mündheim, S. 17 ff.

[50]) Mündheim, S. 20.

[51]) § 142, VIII, Anm. 25.

Macht also F in unserem Beispiel die Hypothek gegen den Eigentümer durch Kündigung oder Erhebung der dinglichen Klage geltend, so wird dieser mit Erfolg widersprechen können, da er verlangen kann, daß ihm außer dem Brief eine zusammenhängende Reihe von Übertragungurkunden vorgelegt wird (§§ 1160, 1155). Sollte die noch nicht erfolgte Abtretung des E an F durch Eintragung ins Grundbuch vollzogen werden, so wird die Eintragung des F nicht ohne vorherige Eintragung des E erfolgen können (§ 40, Abs. 2, G.B.O.). Dagegen stehen dem F, wie gesagt, aus der Übertragung des D an E ebensowenig wie aus den vor der Unterbrechung liegenden Abtretungen irgendwelche Einwendungen entgegen[52]). Es gilt hier das gleiche wie im Wechselrecht, wo die Indossamentenkette trotz des äußeren Anscheines der Durchbrechung im Falle einer bürgerlichen Rechtsnachfolge als nicht durchbrochen gilt, wenn nur die Rechtsnachfolge als gültig feststeht[53]).

b) Öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung.

§ 1155 will damit nicht eine neue Erwerbsart der Briefhypothek vorschreiben; zur Rechtsübertragung genügt neben der Briefübergabe einfach schriftliche Abtretungserklärung. Nur für die Anwendung des materiellen Publizitätsprinzips wird hier die Beglaubigung verlangt[54]). Auf diese Weise sollte eine erhöhte Garantie dafür geschaffen werden, daß regelmäßig bei der Abtretung seitens der Vormänner auch der Hypothekenbrief übergeben worden sei und daß wirklich eine gültige Zession stattgefunden habe und insbesondere sollte die Gefahr einer Fälschung verringert werden. Die Protokolle (III, 657) sprechen ausdrücklich von einer „Verringerung" der Gefahr; es ist also möglich, daß ein gutgläubiger Erwerb auf Grund einer öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung, die durch Täuschung des Notars erlangt wurde, stattfindet. Auch gefälschte notarielle Urkunden (Urschriften und Ausfertigungen)

---

[52]) Vergl. auch oben Anm. 36, S. 26 und 41, S. 27, wo bereits darauf hingewiesen wurde, daß Grundeigentümer und Grundbuchamt überhaupt strengere Anforderungen stellen. Das auf den ersten Blick verwunderliche Ergebnis wird sofort erklärlich, wenn man sich dessen erinnert, daß sich das Widerspruchsrecht des Eigentümers nach § 1160 richtiger Ansicht nach nicht als ein Bestreiten der Aktivlegitimation, sondern als eine eigene dilatorische Einrede der mangelnden Urkundenvorlage darstellt; daß der Eigentümer immer, auch wenn gar kein Grund für einen gutgläubigen Erwerb vorlag, öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung verlangen kann und daher, abgesehen von dem eigentlichen Anwendungsgebiet des § 1155, eine privatschriftliche Abtretungserklärung nachteilig ist. Vergl. Kober, §§ 1154, II, C 1 d und 2 b, 1160, I, 1.

[53]) Vergl. Staub-Stranz, Anm. 14 zu Art. 36 und Wolff a. a. O.

[54]) Form § 129 B.G.B., §§ 167, 183, 191 F.G.G. Näheres über die Abtretungserklärung als solche gehört nicht zum Thema. Vergl. die Kommentare zu § 1154.

müssen genügen, wenn sie nur den Anschein echter Urkunden erwecken [55]).

Wird eine fehlende öffentliche Beglaubigung nachgeholt [56]), so greifen ohne Zweifel von jetzt ab die gesamten Wirkungen des § 1155 ein; bestritten ist nur, ob der Schutz des § 892 auch schon dem derzeitigen Briefbesitzer zugute kommt. Diese Frage ist zu bejahen, voraugesetzt freilich, daß der Erwerber nicht in der Zwischenzeit von einem Mangel in dem Rechte des Vormanns oder des Nachfolgers (C) Kenntnis erlangt hat [57]).

c) Gerichtlicher Überweisungsbeschluß.

Fraglich ist, ob dies nur für die Überweisung an Zahlungsstatt gilt [58]) oder ob auch in gewissem Umfang die Überweisung zur Einziehung in Betracht kommt [59]).

Die erstere Auffassung wird gewöhnlich damit begründet, daß durch die Überweisung zur Einziehung kein Gläubigerrecht erlangt, sondern nur die Ermächtigung zur Einziehung erteilt wird [60]). Dies ist zutreffend; allein wer es auf das „Gläubigerrecht" abstellt, verlegt damit die Entscheidung auf das Gebiet der juristischen Konstruktion, was hier durchaus nicht notwendig ist. Zur Begründung der Richtigkeit der herrschenden Meinung beruft man sich besser auf folgende Erwägung:

Der Schutz des öffentlichen Glaubens soll im allgemeinen nicht auf den Erwerb durch Zwangsvollstreckung erstreckt werden; demgemäß spricht § 892 (im Gegensatz zum ersten Entwurf § 837) nur von einem Erwerb durch Rechtsgeschäft und das gleiche muß für § 1155 gelten. Der gerichtliche Überweisungsbeschluß im § 1155 hat somit lediglich die Bedeutung, daß zugunsten des Zessionars, der von einem durch Überweisungsbeschluß legitimierten Briefinhaber erwirbt, die Fiktion des § 892 gilt; nicht aber kommt dem durch Überweisungsbeschluß Legitimierten selbst diese Fiktion bezüglich des Rechts seines Vormanns zustatten [61]).

---

[55]) Vergl. R.G.E. 85, 58 ff.; 86, 263; 93, 44; Gruch. 60, 323; O.L.G.E. 29, 388.

[56]) Z.B. A im Grundbuch eingetragen. A an B beglaubigt. B an C unbeglaubigt. C an D beglaubigt. Jetzt nach der bereits erfolgten beglaubigten Abtretung des C an D wird die Beglaubigung der Abtretung B an C vorgenommen.

[57]) So Kober, § 1155, I, 6; Mündheim, S. 21 ff.; Planck, § 1155, 2 b α; Sawitz, S. 124 (mit Analogie zu § 185); Wolff, § 142, Anm. 18. a. M. Bernhöft, S. 390; Hachenburg, Beitr. S. 107; Neumann, § 1155, IV, 1 β; R.G.R.K. § 1155, 2.

[58]) So die herrschende Meinung, vergl. Güthe § 40, 24 und die dort angeführte Literatur.

[59]) So Wolff, § 142, Anm. 23.

[60]) Z. B. R.G.R.K. § 1155, 4.

[61]) Vergl. P. III, 658; Planck, § 1155, 2 b β und die dort angeführte Literatur.

M. a. W.: Der Überweisungsbeschluß kann stets nur ein Bindeglied in der Kette der Erwerber, nicht den Schluß derselben bilden (Ramdohr, S. 372). Da also § 1155 nur bei einer weiteren Zession in Frage kommt, eine solche aber nur bei einer Überweisung an Zahlungstatt für den Pfändungsgläubiger rechtlich statthaft ist, so kann diese Vorschrift nur auf eine solche Überweisung zu beziehen sein[62]). Demgegenüber ist es ein Pleonasmus, wenn Wolff a. a. O. der herrschenden Lehre nur insoweit beistimmt, als es sich um eine Weiterzession der Hypothek handelt. Auch sein Beispiel: „Ist die (fälschlich) für A eingetragene Hypothek für B den Gläubiger des A gepfändet und ihm zur Einziehung überwiesen, so gilt B dem Grundeigentümer gegenüber als zur Einziehung legitimiert, so daß dieser ihm befreiend leisten kann", ist nicht geeignet, die herrschende Lehre zu erschüttern. Der zur Einziehung Berechtigte gilt doch dem Eigentümer gegenüber nicht als legitimiert im Sinne des § 1155, sondern als Pfändungsgläubiger seines nach (§ 1155) bzw. § 893 legitimierten Schuldners.

d) Öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung der Forderung.

Diese Vorschrift gibt zu vielen Zweifeln Veranlassung. So ist es streitig, welche Fälle des Übergangs der Hypothek kraft Gesetzes hierher gehören; was überhaupt unter Anerkenntnis zu verstehen und von wem es auszustellen ist; ob nicht in gewissen Fällen des Übergangs statt des öffentlich beglaubigten Anerkenntnisses ein anderer Nachweis des Rechtsübergangs ausreicht und insbesondere, ob durch den Übergang der Hypothek kraft Erbrechts — als Hauptbeispiel für einen Fall, in dem ein Anerkenntnis nicht möglich ist — der Zusammenhang der Reihe unterbrochen ist oder nicht. Eine wissenschaftliche Behandlung dieser Gesetzesbestimmung würde nun eigentlich ein genaues Eingehen auf alle Theorien und Ansichten erfordern. Bei einer allgemeinen Darstellung des gutgläubigen Erwerbs der Hypothek und besonders bei der oben[63]) gegebenen Begrenzung kann dies aber doch nicht unsere Aufgabe sein. Es würde weit über den Rahmen unserer Arbeit hinausgehen, wollte man hier über jede Einzelfrage genaue Untersuchungen anstellen; dies muß Spezialabhandlungen überlassen bleiben[64]). Es mag daher gestattet sein, nur die notwendigen Literaturnachweise

[62]) Vergl. Kober, § 1155, Va; Biermann, § 1155, 1; Turnau-Förster, § 1155, 3; ferner Predari, S. 153, der darauf hinweist, daß es im Entwurf I § 1113 (Motive III, 751) noch ausdrücklich hieß: Übertragung der Forderung durch Überweisungsbeschluß im Wege der Zwangsvollstreckung.

[63]) § 1, vor allem I, 3 e.

[64]) Neben der Besprechung in Kommentaren und Lehrbüchern bieten die Dissertationen Mündheim, S. 30—53 und Sander, S. 22—53, 58—64, auch Schmid, S. 46—57, wertvolle Beiträge.

zu geben und kurz begründet die Ansichten mitzuteilen, denen sich der Verfasser der vorliegenden Arbeit jeweils glaubte anschließen zu müssen:

Was die Frage anlangt, welche Fälle des Übergangs der Hypothek kraft Gesetzes hierher gehören, so ist man sich, abgesehen vom Fall des Verzichts (§ 1168) einig darüber, daß damit alle Fälle getroffen sind, in denen die Hypothek, sei es mit, sei es ohne Forderung, von dem bisherigen Gläubiger auf den Eigentümer, den persönlichen Schuldner oder einen Dritten übergeht[65]).

Wegen des Verzichts des Gläubigers auf die Hypothek ergaben sich Zweifel, weil der Verzicht gemäß § 1168 der Eintragung ins Grundbuch bedarf, § 1155 aber von dem außerhalb des Grundbuchs sich vollziehenden Übergang handelt. Da jedoch zur Gültigkeit des Verzichts nur dessen Eintragung, nicht die Eintragung des nunmehrigen Gläubigers erforderlich ist, der Eigentümer also Gläubiger geworden sein kann, ohne im Grundbuch als solcher eingetragen zu sein, bleibt auch für diesen Fall Raum für die Anwendung des § 1155[66]).

Unter Anerkenntnis ist zu verstehen die rechtsgeschäftliche Erklärung des bisherigen Gläubigers (oder des als Gläubiger Legitimierten), daß die Hypothek nicht mehr ihm, sondern dem Eigentümer, persönlichen Schuldner usw. zustehe. Dabei ist an dem Wortlaut des § 1155 festzuhalten, der nicht die Tatsachen, an die das Gesetz den Übergang knüpft, sondern diesen selbst zum Gegenstand des Anerkenntnisses erklärt[67]).

Wird so durch eine subjektive, ein Urteil enthaltende Erklärung des Altgläubigers, also auf rechtsgeschäftlichem Wege der Übergang der „Rechtsscheinstellung“[68]) auf den neuen Gläubiger bewirkt, so widerspricht es nicht nur dem strengen Wortlaut, sondern auch der ratio legis, andere grundbuchgerechte Urkunden, also objektive Nachweise, dem Anerkenntnis gleichzustellen.

Bei dieser Auslegung ergeben sich aber (scheinbar) Schwierigkeiten in einer Reihe von Fällen, in denen ein solches Anerkenntnis nicht möglich ist, so bei dem Übergang der Hypothek kraft Erbrechts. Zu einem befriedigenden Ergebnis gelangt man jedoch durch folgende Überlegung:

Allgemein anerkannt ist, daß der gute Glaube an die Erbenqualität durch sachenrechtliche Bestimmungen (§§ 892, 1155) nicht

[65]) Literaturnachweis bei Planck, § 1155, 2 b γ; eine Zusammenstellung der einschlägigen Paragraphen bei Kober, § 1155, V, b. Wegen der Begründung vergl. namentlich Dronke, S. 957 ff.

[66]) So Kober a. a. O.; Planck a. a. O.; Wolff, § 142, VIII, 2 b. a. A. Dronke, a. a. O.; Biermann, § 1155, 1 c α; Boehm, § 1155, V, B, 2.

[67]) Literaturnachweis bei Mündheim, S. 38.

[68]) Vergl. Mündheim, S. 42. Begriff und Ausdruck hat die Handausgabe von Fischer-Henle im Jahre 1900 eingeführt. Vergl. dort 13. Aufl., Einleitung XXXIII, Anm. 1.

geschützt wird. Der Pseudoerbe ist also niemals legitimiert im Sinne des § 1155 und der ganze Streit kann sich daher nur auf den Fall beziehen, daß der Zedent wirklicher Erbe ist. Erinnern wir uns nun an das, was oben (II, 2 a ß) über die bewiesenermaßen gültige, aber nicht beglaubigte Abtretungserklärung gesagt wurde, so steht damit fest, daß der Erbe auf jeden Fall, ohne sich eintragen zu lassen, die Briefhypothek an einen Dritten rechtsgültig übertragen kann, dieser dann an einen Vierten usw. Fraglich bleibt nur die Stellung gegenüber Grundbuchamt und Eigentümer; nur hierfür — das muß hervorgehoben werden — ist es von Bedeutung, ob durch einen Erbfall der geforderte „Zusammenhang" unterbrochen ist oder nicht.

Da scheint es folgerichtig zu sein, wenn von Güthe und anderen[69]) die Vorschriften der Grundbuchordnung (§§ 40, 41) zur Lösung der Frage herangezogen werden. Dennoch ist diese Konstruktion abzulehnen:

Zwar ist das Verhältnis des § 40, Abs. 2 zu § 41 von jenen Schriftstellern (im Gegensatz zur früheren Rechtsprechung des Kammergerichts) richtig erkannt, wenn es heißt: „es besteht kein Grund das eingetragen in § 40 anders auszulegen als in § 41. Die Bestimmung des § 40, Abs. 2 ist nicht, wie § 41, eine wirkliche Ausnahme von § 40, Abs. 1; sie ist als Regel neben die Regel des § 40, Abs. 1 zu setzen; gilt für alle Fälle, wo jener nicht ausgeschlossen ist, also auch für § 41"[70]). Hieraus folgt aber nur, daß ein solcher Erbe die Briefhypothek auch mit Wirkung gegenüber dem Grundbuchamt gemäß § 41, Abs. 1 G.B.O. auf einen Dritten übertragen kann, ohne sich selbst eintragen zu müssen. Doch greift es über den Wortlaut der §§ 40, 41 G.B.O. hinaus, will man[71]) auch jenem Zessionar die Eintragung ersparen und auf diese Weise zum Resultat gelangen, daß Erbschein und Verfügung von Todes wegen in die Reihe der Abtretungserklärungen eingeschlossen werden dürfen, ohne den Zusammenhang zu unterbrechen. Bei Auslegung von Formvorschriften ist strenge Auslegung am Platze. Aber selbst wenn man jene Bestimmungen so weit ausdehnt und dies damit rechtfertigt, daß es nicht angängig sei, den Fall, wo die Übertragungserklärungen dem erbrechtlichen Erwerb vorangehen, anders zu behandeln, als wie den Fall, wo die Übertragungserklärungen dem erbrechtlichen Erwerb nachfolgen[72]), kann dadurch ein späterer Gläubiger nur gegenüber dem Grundbuchamt legitimiert sein.

---

[69]) Güthe, § 40, 28; Wolff, § 142, Anm. 27; K.G. in der neueren Rechtsprechung, K.G.J. 36, A, 242 ff.

[70]) So Güthe a. a. O.; Wolff, § 34, IV, 1; Conrades, S. 100 u. a.; vergl. auch R.G.E. 88, 349.

[71]) Wie Güthe a. a. O., nicht so weit geht das K.G.

[72]) So Güthe a. a. O.

Das Widerspruchsrecht des Eigentümers nach § 1160 B.G.B. kann nicht durch eine ausdehnende Auslegung grundbuchrechtlicher Vorschriften beseitigt werden. Bei Schaffung der §§ 40 und 41 G.B.O. wollte man doch nicht eine Ergänzung der Vorschriften des B.G.B. (§§ 1155, 1160) geben, m. a. W. § 41 hat nur für das formelle Recht Bedeutung [73]).

Dagegen ist folgender Konstruktion beizutreten: die Reihe der Abtretungen ist auch dann lückenlos, wenn der Erbe eines Zessionars das Recht weiter übertragen hat. Denn infolge des Erbfalls ist eine Zwischenabtretung nicht erfolgt [74]); Erbe und Erblasser sind zufolge der Gesamtnachfolge hinsichtlich des Gläubigerrechts an der Hypothek als nur eine Person anzusehen [75]); der Erbe setzt die Person des Erblassers in vermögensrechtlicher Beziehung fort, dessen Vermögen als Ganzes gemäß § 1922 auf ihn übergeht und tritt vollständig in dessen Rechtslage ein [76]). Der Erbe repräsentiert den Erblasser und überträgt daher die Forderung nicht als ein Glied in der Kette der Zessionare, sondern nur auf Grund des Rechts seines Erblassers weiter [77]).

Dieser Auffassung steht keineswegs entgegen, wenn oben [78]) als Definition der zusammenhängenden Reihe angegeben wurde, daß der Zessionar der einen Abtretungserklärung jeweils der Zedent der folgenden sein muß. Es wurde an gleicher Stelle bemerkt, daß die formelle Identität auch bei verschiedener Namensangabe gegeben sein kann und als Beispiel die Abtretung durch Bevollmächtigte besprochen. Nicht anders liegt die Sache, wenn ein Erbfall stattgefunden hat und der Erbe die Hypothek des Erblassers weiterzediert. Gegenüber dem Beispiel Th. Wolffs (a. a. O.), daß hier die Kette ebensowenig unterbrochen werde, wie dadurch, daß der Konkursverwalter, der nach § 6 K.O. das Recht des Gemeinschuldners ausübe, die Hypothekenforderung weiterzediere, hat man geltend gemacht [79]), das Beispiel sei nicht passend, weil der Konkursverwalter nur als Vertreter handle, der Erbe aber aus eigenem Recht. Richtig ist, daß Th. Wolff den materiell-rechtlichen Unterschied vielleicht übersehen oder nicht genügend hervorgehoben hat, für den „Rechts-

---

[73]) Sander stellt daher in seiner Dissertation S. 63—64 den Satz auf, daß der Erbgang in materiell-rechtlicher Beziehung ebenso zu behandeln sei, wie eine unbeglaubigte Zession, während für das formelle Grundbuchrecht allerdings Testamente und Erbscheine in die Reihe der Abtretungserklärungen eingefügt werden können, ohne den Zusammenhang zu unterbrechen. Dieser verschiedenen Behandlung von formellem und materiellem Recht kann ich nicht zustimmen.

[74]) Th. Wolff, S. 7 ff.

[75]) R.G.R.K. § 1155, Nr. 5.

[76]) Oberneck, Zeitschrift des Deutschen Notarvereins, Bd. 3, S. 158.

[77]) Kober, § 1155, VI, b.

[78]) Zu Anm. 44, S. 28.

[79]) Oberneck a. a. O.

schein" — und darauf kommt es an — besteht aber kein Unterschied [80]).

III.

Der für die Redlichkeit entscheidende Zeitpunkt ist jener des Erwerbs der Hypothek [81]); maßgebend ist also der Zeitpunkt der Übergabe des Briefs, wenn diese der Erteilung der schriftlichen Abtretungserklärung (oder der sie ersetzenden Eintragung im Grundbuch § 1154, Abs. 2) nachfolgt; dagegen der Zeitpunkt der Erteilung der Abtretungserklärung (Eintragung), wenn die Übergabe vorausgeht.

Wo an Stelle der tatsächlichen Briefübergabe die Surrogate des § 1117 gewählt werden, bemißt sich die Gutgläubigkeit nicht etwa nach den Normen des Fahrnisrechts, wie es Hachenburg [82]) meint, sondern es kommt ebenfalls darauf an, wann der Erwerb durch das Vorhandensein beider Tatbestandsmomente als vollendet gilt; also darauf, wann bei vorausgegangener Abtretungserklärung (Eintragung) die Briefübergabe durch die brevi manu traditio oder das Besitzkonstitut oder die Vindikationszession oder die Vereinbarung des § 1117, Abs. 2 als ersetzt anzunehmen ist.

Gleichgültig ist auch, ob die Abtretungserklärung öffentlich beglaubigt ist oder nicht; zur Rechtsübertragung genügt einfach schriftliche Abtretungserklärung. Der durch eine bloß privatschriftliche Abtretung erwerbende Zessionar kann sich daher auf seinen guten Glauben auch dann berufen, wenn er vor der Nachholung der öffentlichen Beglaubigung der Abtretungserklärung einen Mangel im Rechte seines Vormannes erfährt [83]). Die gegenteilige Ansicht [84]) beruht auf einer Verkennung des § 1155. Nur für die Legitimation des Abtretenden ist die öffentliche Beglaubigung vorgeschrieben; daß auch der Erwerber selbst gemäß § 1155 legitimiert sein müßte, damit die Wirkungen des § 892 in seiner Person eintreten, ist nicht verlangt. Etwas anderes ist es freilich, wenn es sich um die nachträgliche Beglaubigung einer früheren Zession handelt. Wird z. B. eine privatschriftliche nichtige Zession des A an B nachträglich öffentlich beglaubigt, als B bereits an C weiterzediert hatte, so tritt damit die Wirkung des § 1155 nur ein, sofern C noch im Zeitpunkt der Beglaubigung an das Recht des B glaubte [85]). Man kann also nicht sagen: für die Inanspruchnahme des Publizitätsprinzips gemäß § 1155 kommt es auf den Zeitpunkt der Beglaubigung der dem Erwerber erteilten Abtretungserklärung an und dasselbe gilt in

[80]) Mündheim, S. 51.
[81]) Kober, § 1155, II, 2 a.
[82]) Vortr. S. 591, vergl. dagegen Predari § 10, Fußnote 14 S. 150.
[83]) So die herrschende Meinung. Vergl. Planck, § 1155, 3 b.
[84]) Dernburg, III, § 233, II, 3 b; Fuchs, § 1155, 6; Hachenburg, Vortr. S. 591; Oberneck, R.G.B.R., Bd. 2, § 133, Erl. 2 g β, S. 200/201.
[85]) Vergl. oben Text zu Anm. 39.

gleicher Weise, wenn es sich um die nachträgliche Beglaubigung einer früheren Zession handelt [86]). Vielmehr kommt es auf den Zeitpunkt der Beglaubigung nur im letzteren Fall an, also nur, wenn es sich um die nachträgliche Beglaubigung einer früheren Zession handelt.

2. Bei der Sicherungshypothek.

§ 4.

Die Sicherungshypothek ist notwendigerweise Buchhypothek (§ 1185). Der Unterschied gegenüber der Verkehrshypothek ist im wesentlichen nur für die Frage der Wirkung eines gutgläubigen Erwerbs von Bedeutung [87]).

Hier genügt es daher auf die bei der Verkehrshypothek als Buchhypothek (oben § 2) dargestellten Grundsätze zu verweisen; doch bleiben die Ausführungen über § 1139 und über die Behandlung von „sonstigen Irrtumsfällen" mangels einer unter dem öffentlichen Glauben stehenden Forderung außer Betracht (§ 1185, Abs. 2).

[86]) So Hachenburg a. a. O.

[87]) Vergl. oben Anm. 2, S. 10; Anm. 35, S. 25. Zu der Streitfrage, ob bei jeder Sicherungshypothek, so bei der Inhaber- oder Orderhypothek überhaupt der öffentliche Glaube des Grundbuchs gilt, soll damit hier noch nicht Stellung genommen sein. Siehe unten § 8, besonders Anm. 34, S. 54. Gemeint ist: Wenn gutgläubiger Erwerb möglich, dann sind die Voraussetzungen die gleichen wie bei der Verkehrshypothek.

Zweiter Abschnitt:

Wirkungen eines gutgläubigen Erwerbs der Hypothek.

Vorbemerkungen.

§ 5.

Wir haben gesehen, daß jeder gutgläubige Erwerb einer Hypothek letzten Endes auf § 892 basiert und zwar gilt diese Bestimmung bei der Buchhypothek (gleichgültig ob Verkehrs- oder Sicherungshypothek) unmittelbar, bei der Briefhypothek gegebenenfalls auf dem Umweg über die Fiktion[1]) des § 1155.

Die Wirkungen eines gutgläubigen Erwerbs der Hypothek können deshalb dahin angegeben werden: daß der Inhalt des Grundbuchs zugunsten des Erwerbers als richtig gilt und daß die Verfügungsbeschränkung gegenüber dem Erwerber nicht wirksam ist, denn so charakterisiert § 892 die Kraft des öffentlichen Glaubens.

Doch kann diese allgemeine Definition für unser Thema nicht genügen. Nicht als ob nun, was sonst bei der Erörterung der Publizität des Grundbuchs geschieht und geschehen muß, vom grundsätzlichen Standpunkt aus näher darauf eingegangen werden soll, was eigentlich Inhalt des Grundbuchs ist und im Anschluß daran längere Ausführungen über die positive und negative Seite des öffentlichen Glaubens, eine beliebte Unterscheidung[2]), gemacht werden sollen; dies ist nicht unsere Aufgabe[3]). Auch die bereits erwähnte[4]) Erweiterung des Grundbuchinhalts auf Forderung und Einreden (durch die §§ 1138, 1157) braucht nicht auf diese Weise besprochen werden.

Vielmehr wird versucht, die Wirkungen dadurch aufzuzeigen, daß die Beschaffenheit der Hypothek in der Hand des gutgläubigen Erwerbers geprüft wird; daneben soll auch auf die Folgen für den verletzten wirklich Berechtigten kurz eingegangen werden!

Würde es sich um Eigentum — an beweglichen oder unbeweglichen Sachen — handeln, wäre dieser Weg nicht möglich, da sich

[1]) Vergl. Bernhöft, S. 383: „In § 1155 ist fingierter Tatbestand, daß der Besitzer des Briefes als Gläubiger im Grundbuch eingetragen wäre. Dabei wird auf § 892 verwiesen; in § 892 ist nun jener fingierte Tatbestand eine Fiktionsbasis für eine neue Fiktion."

[2]) Vergl. auch Planck, § 892, I, 3: „Für die eintragungsfähigen Verfügungsbeschränkungen kommt nur die negative Seite des Öffentlichkeitsgrundsatzes nach Satz 2 in Betracht."

[3]) Vergl. auch oben § 1, I, 3 a.

[4]) Oben Anm. 35, S. 25.

die Befugnisse eines Eigentümers nicht aufzählen lassen. Bei der Hypothek dagegen, als einem jus in re aliena und vor allem als einem Wertrecht[5]) kann man die wesentlichen Befugnisse des Rechtsinhabers nennen, nämlich:

a) vor Fälligkeit der Hypothekenforderung (wichtig § 1141) kann ein Hypothekar nur verlangen, daß die Sicherheit seiner Hypothek nicht durch Verschlechterung der ihm haftenden Objekte gefährdet werde. Neben der Schadensersatzverpflichtung nach § 823 kennt das B.G.B. in Weiterbildung der deutschen Partikularrechte[6]):

α) eine Beseitungsklage wegen schon eingetretener Gefährdung, §§ 1133, 1135;

β) eine Unterlassungsklage (gegen jedermann) wegen drohender künftiger Gefährdung, §§ 1134, 1135;

b) nach Fälligkeit der Forderung[7]) hat der Gläubiger:

α) das Recht, in den Formen der Zwangsvollstreckung den ihm gebührenden Geldbetrag dem Grundstück abzugewinnen (Verwertungsrecht). Vergl. § 1147. Vorausgesetzt ist ein Vollstreckungstitel und damit in der Regel eine Klage des Hypothekars[8]);

β) das Recht zur Geltendmachung der persönlichen Forderung gegenüber dem persönlichen Schuldner.

Die dinglichen Schutzklagen (a) sind für unser Thema nicht von Interesse. Zwar setzen sie — mangels einer Vermutung oder Fiktion — in der Person des Klägers den rechtsgültigen Bestand der Hypothek voraus. Diese Voraussetzung gilt aber auch für die Hypothekenklage (b α) und wird daher in diesem Zusammenhang besprochen.

Die Erörterung der Wirkung eines gutgläubigen Erwerbs der Hypothek alias der Beschaffenheit der Hypothek in der Hand eines gutgläubigen Erwerbers wird somit in der Weise geschehen, daß wir von der Geltendmachung des dinglichen Anspruchs durch den gutgläubigen Erwerber ausgehen und untersuchen, welche Verteidigung dem Eigentümer gegen diese Hypothekenklage gegeben ist und sodann unter dem gleichen Gesichtspunkt den persönlichen An-

---

[5]) „In der Art also, daß, wenn man den Wert erlangt hat, der Zweck erreicht und das dingliche Recht erschöpft ist." Kohler, Lehrb., 2. Bd., 2. Teil, § 127, I, 1, S. 366.

[6]) Näheres vergl. Wolff, § 138, Anm. 6 und die dort angeführte Literatur.

[7]) Hier wie später ist zu unterscheiden zwischen Haupt- und Nebenforderung. Vergl. §§ 1113, 1115, 1118.

[8]) Das Erfordernis einer gesonderten Hypothekenklage wird allerdings nicht mehr den Ansprüchen unserer Zeit gerecht und wird auch in der Praxis (besonders der Hypothekenbanken) meist durch Aufnahme der Unterwerfungsklausel in die Hypothekenurkunde beseitigt. Vergl. Hagelberg, S. 89 ff. Für unsere Darstellung soll aber zur besseren Veranschaulichung der Rechtsbeziehungen von der Klage ausgegangen werden.

spruch behandeln. Die verschiedene Gestaltung des geschützten Erwerbes macht bei der dinglichen Klage eine Trennung zwischen Haupt- und Nebenanspruch erforderlich.

Noch bedarf es aber einiger grundlegender Bemerkungen:

I.

Wenn hier, wie später, von dinglichem Anspruch die Rede ist und wenn sich im Anschluß an die §§ 1137, 1138, 1157 öfter der Ausdruck „Einrede" findet, könnte zufolge der Wertung der Einrede im technischen Sinn als eines Leistungsverweigerungsrechts — so nach dem Sprachgebrauch des B.G.B., anders die Z.P.O. — und der Definition des Anspruchs in § 194 für die Meinung des Verfassers über die Natur der Hypothek: Realobligation gefolgert werden. Demgegenüber sei noch einmal betont, daß die Hypothek m. E. unter die Kategorie der von Kohler[9]) entwickelten Wertrechte fällt, die also keinen „Anspruch" im Sinne des B.G.B. gegen einen bestimmten Verpflichteten erzeugen, bei denen der Berechtigte vielmehr durch eigene Handlungen sein Recht verwirklicht und daß mithin die Einreden der §§ 1137, 1138, 1157 nach dem Vorgange Wolffs[10]) nicht als Leistungsverweigerungsrechte, sondern — wie auch das Gesetz in § 1160 richtig sagt — als Widerspruchsrechte aufzufassen sind.

Nur bei der persönlichen Schuldklage handelt es sich um die Geltendmachung eines Anspruchs im Sinne des B.G.B., nur hier können Einreden im technischen Sinn erhoben werden[11]).

Von diesem Unterschied abgesehen, besteht aber äußerlich eine große Ähnlichkeit zwischen der dinglichen und der persönlichen Klage: so kann z. B. das Widerspruchsrecht des Eigentümers wie ein Leistungsverweigerungsrecht peremptorisch oder dilatorisch sein; auch die Vorschützung des peremptorischen Rechts zerstört so wenig die Hypothek, wie die Ausübung eines Leistungsverweigerungsrechts den Anspruch zerstört[12]). Sodann wird es zweckmäßig sein für die Auslegung der so wichtigen §§ 1138, 1153 sowohl in der Richtung zum Eigentümer als auch in der Richtung zum persönlichen Schuldner die gleichen Wendungen zu gebrauchen.

Darum mag die nach diesen Ausführungen wohl nicht mehr mißverständliche und in der Literatur durchaus übliche Ausdrucks-

[9]) „Substanzrecht und Wertrecht", Archiv für civ. Praxis, Bd. 91, S. 155 ff.

[10]) § 139, III und Anm. 11.

[11]) Eine eingehende Stellungnahme zu dem Streit über die Rechtsnatur der Hypothek gehört nicht in den Rahmen unserer Arbeit. Es sei neben Kohler a. a. O. auf die Ausführungen Wolffs, § 131, verwiesen. Vergl. auch Cosack-Mitteis, § 74, III, 2 a, der von einer Zahlungslast des Eigentümers spricht. Wohl mit Recht! Ist der Eigentümer auch nicht zur Zahlung verpflichtet (sondern nur berechtigt, § 1142), so wird er doch meistens nach seinen Kräften gutwillig zahlen, weil er sonst die Zwangsvollstreckung in sein Grundstück dulden muß.

[12]) Vergl. Wolff, § 139, III und Anm. 11.

weise: dinglicher Anspruch (Einwendung, Einrede) beibehalten bleiben.

II.

Indem wir feststellten, daß die Einrede (als Leistungsverweigerungsrecht oder als Widerspruchsrecht) den Anspruch (oder das Wertrecht) selbst, unberührt läßt, haben wir bereits den notwendigen Gegensatz zur Einwendung, als der Berufung auf eine rechtshindernde oder rechtsvernichtende Tatsache gewonnen [13]).

Diese Unterscheidung ist für das Weitere von großer Bedeutung. An dieser Stelle sei folgendes vorausgeschickt:

Bei jedem Recht kann man wohl unterscheiden zwischen der objektiven Existenz des Rechts und der subjektiven Beziehung der Beteiligten zu ihm, m. a. W. bei der Geltendmachung zwischen einer Einwendung gegen den objektiven Bestand und dem Bestreiten der Aktivlegitimation. Bei Forderungsrechten mag es zwar zweifelhaft erscheinen, ob diese Unterscheidung auch insoweit gilt, als z. B. der Beklagte einwendet, nicht dem Kläger, sondern einem Dritten stehe die geltend gemachte Forderung zu; ob nicht vielmehr in solchen Fällen aus der Seinsart der Forderungsrechte geschlossen werden muß, daß die für das Bestreiten der Aktivlegitimation wohl stillschweigend vorausgesetzte Identität der Rechte fehlt [14]). Indem aber das Gesetz sowohl einen rechtsgeschäftlichen wie gesetzlichen „Übergang" von Forderungsrechten zuläßt, wird man zum mindesten im praktischen Ergebnis auch bei Forderungsrechten diese Unterscheidung machen können [15]). Gewährt so die mangelnde Sachlegitimation [16]) des Klägers dem Beklagten die Befugnis die Befriedigung eines Anspruchs verweigern zu dürfen, obwohl das Anspruch erzeugende Recht objektiv besteht, so ist trotzdem das Bestreiten der Sachlegitimation bürgerlich-rechtlich keine Einrede, sondern

[13]) Vielfach wird freilich die Einwendung in einem weiteren, die Einrede mit umfassenden Sinn gebraucht. Vergl. Oertmann, Vorbemerkung B zum 5. Abschnitt S. 702 ff.

[14]) Über die Frage der Identität von Forderungsrechten vergl. Esslen: „Der gesetzliche Übergang von Forderungsrechten", Würzburger Diss. 1910.

[15]) An den Begriffen dingliches und obligatorisches Recht soll damit nicht gerüttelt werden. Dagegen ist wohl letzten Endes die Anerkennung des „Eigentums an Forderungen", als einem Bestandteil des Gläubigerrechts, neben dem Forderungsrecht im engeren Sinn, als dem obligatorischen Recht, notwendig. Über diese Begriffe vergl. Diss. Kletke und die dort angegebene Literatur, unter den älteren insbesondere Bähr (Jh. J. Bd. 1, S. 401): „Zufolge der Übertragbarkeit der Forderungen gewinnt die subjektive Berechtigung an solcher derem objektiven Bestand gegenüber eine selbständige Bedeutung. Es kann die Frage entstehen, ob eine bestimmte Forderung diesem oder jenem zustehe. Daraus erwächst das Bedürfnis, die subjektive Berechtigung des einen im Gegensatz zu der des anderen zu bezeichnen und ich weiß in der Tat keinen passenderen Ausdruck hierfür, als wenn man von dem Eigentum an der Forderung redet."

[16]) Über den Unterschied zur Prozeßführungsbefugnis vergl. Rosenberg, Lehrb. des Deutschen Zivilprozeßrechts, § 44, S. 120 ff.

eine Einwendung, weil zwar das Recht, nicht aber der klägerische Anspruch besteht [17]).

Dies war vorauszuschicken, weil es gerade bei der Hypothek des B.G.B. notwendig sein wird zu unterscheiden:

1. Zwischen dem objektiven Bestand der Hypothek, besser zwischen dem Bestehen der Grundstücksbelastung als solcher und der subjektiven Beziehung der Beteiligten zu ihr, also der Frage, wem die Grundstücksbelastung zusteht, ob als Gläubigerhypothek dem Kläger, dem mit dem Eigentümer nicht identischen persönlichen Schuldner, einem Dritten oder dem Eigentümer als forderungsbekleidete Eigentümerhypothek, bzw. als Eigentümergrundschuld.

2. Damit zusammenhängend: zwischen dem objektiven Bestand der persönlichen Forderung und der subjektiven Berechtigung an ihr.

III.

Es ist bereits gesagt worden, daß bei dem gutgläubigen Erwerb einer Hypothek fast durchwegs eine Abtretung die Erwerbsgrundlage bildet und der Erwerb vom bloßen Bucheigentümer außer Betracht bleiben kann [18]). Hier darf noch hinzugefügt werden, daß der im folgenden maßgebende Gesichtspunkt — Einwendungen und Einreden gegen den dinglichen (persönlichen) Anspruch — von vornherein eine Trennung zwischen formellem Ersterwerb und Wechsel auf der Gläubigerseite überflüssig macht, da im ersteren Fall begrifflich nur Raum sein kann für den Schutz gegen eine Einwendung, die den objektiven Bestand des Rechts betrifft, die gleiche Einwendung aber auch gegenüber späteren Erwerbern möglich ist.

IV.

Von einer erschöpfenden Darstellung aller Einwendungen und Einreden des Eigentümers (persönlichen Schuldners) gegen den Anspruch aus der Hypothek (persönlichen Forderung), wie sie möglicherweise aus den einzelnen Gebieten des Gesetzes herangezogen werden könnten (z. B. eheliches Güter- und Erbrecht) kann keine Rede sein. Der Begrenzung unserer Aufgabe auf den gutgläubigen Erwerb nach sachenrechtlichen Bestimmungen [19]) entspricht es, daß nur die im Hypothekenrecht des B.G.B. geordneten oder mit denselben durch die Forderung in unmittelbarem Zusammenhang stehenden Einwendungen und Einreden behandelt werden.

---

[17]) Anscheinend a. A. Motive, I, 359: Einrede ist ein Umstand, „der dem Verpflichteten die Möglichkeit gewährt, den an und für sich begründeten Anspruch, sei es zur Zeit oder der Person nach, sei es für immer ablehnen zu dürfen".

[18]) Oben Anm. 14, S. 12.

[19]) Oben § 1, I, 3 d.

V.

Indem wir von der Geltendmachung des dinglichen bzw. persönlichen Anspruchs ausgehen, beleuchten wir nur die Rechtsverhältnisse Gläubiger — Eigentümer, Gläubiger — persönlicher Schuldner [20]). Infolge der Dinglichkeit der Hypothek und des absoluten Charakters [21]) der Fiktion des § 892 kann aber die Beschaffenheit der Hypothek auch Dritten gegenüber eine Rolle spielen. Von praktischer Bedeutung sind die Beziehungen zum Grundbuchamt, zu einem späteren Erwerber und schließlich zu Personen, zu deren Gunsten der bisherige Gläubiger in der Verfügung über sein Recht beschränkt war. Indessen: was die Stellung gegenüber dem Grundbuchamt und gegenüber späteren Erwerbern anlangt, so genügt es auf die einschlägigen Ausführungen im 1. Abschnitt (besonders bei der Briefhypothek) zu verweisen und das Verhältnis des „Erkenntnisschutzes" zu den Verfügungsbeschränkungen kann kurz dahin angegeben werden: relative Verfügungsbeschränkungen bedürfen zwar nicht zu ihrer Entstehung, wohl aber zu ihrer Wirkung gegen Dritte, denen die Beschränkung nicht bekannt ist, der Eintragung. Gegenüber einem gutgläubigen Erwerber der Hypothek kann die geschützte Person keine Ansprüche (wie etwa Zustimmung zur Löschung § 888) geltend machen [22]).

---

[20]) Um eine klarere Darstellung der Rechtsbeziehungen zu ermöglichen, wird im folgenden angenommen, daß Eigentümer und persönlicher Schuldner verschiedene Personen sind.

[21]) Vergl. Cosack-Mitteis, B. 2, 1, § 31, I, 4, S. 117: „Die Fiktion gilt relativ, wirkt aber absolut."

[22]) Darüber, welche Verfügungsbeschränkungen im einzelnen hierhergehören und welchen Verfügungsbeschränkungen das Grundbuch verschlossen ist, so daß sie ihre Wirksamkeit auch ohne Eintragung behalten, vergl. die Kommentare zu § 892, ferner Sawitz, S. 104 ff., Ramdohr, S. 324 ff.

1. Kapitel:

Wirkung für den dinglichen Anspruch.

I. Hauptanspruch.

1. Bei der Verkehrshypothek.

a) Als Buchhypothek.

§ 6.

Die Ausübung des Verwertungsrechts setzt Fälligkeit der Hypothekenforderung voraus und damit in der Regel eine Kündigung. Die Kündigung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung; maßgebend für ihre Wirksamkeit ist der Zeitpunkt, in welchem sie dem anderen Teile zugeht. Für einen Schutz eines gutgläubigen Erwerbes ist hier kein Raum, weil die Kündigung keine Tatsache ist, die sich zur Eintragung in das Grundbuch eignet. Der Hypothekengläubiger muß sich über eine etwa erfolgte Kündigung außerhalb des Grundbuchs vergewissern. (Vergl. § 1141; M. III, 574.)

Außer für diese formelle Voraussetzung gilt der öffentliche Glaube auch nicht für die Mängel des Rechtsgeschäfts, auf Grund dessen der Kläger die Hypothek erworben haben will. Die persönlichen Eigenschaften des Zedenten stehen außerhalb des Schutzes [1]).

Inwiefern Mängel, die erst durch die Abtretung wirksam werden, so Verfügungsbeschränkungen, gegenüber Dritten wirken, ist bereits gezeigt worden [2]). Aus methodischen Gründen sei nur noch hervorgehoben: wer behauptet, daß der Zedent zur Verfügung über die Hypothek nicht berechtigt war und der Kläger daher das Hypothekenrecht nicht erworben habe, bestreitet damit das Gläubigerrecht des Klägers.

Wir können uns nun auf solche Vorgänge beschränken, welche in dem Rechtsverhältnis (Eigentümer) zum bisherigen Gläubiger (Zedenten) ihren Grund haben. Darnach hat der Eigentümer folgende Einwendungen und Einreden [3]):

I.

Er kann das Bestehen des dinglichen Rechts bestreiten; sei es, daß er behauptet, das dingliche Recht sei nicht zur Entstehung

[1]) Vergl. oben § 2, I, 1.

[2]) Oben, § 5, V.

[3]) Weil das Gesetz im Gegensatz zum Entwurf nicht alle Einwendungen und Einreden festlegt, sondern die „selbstverständlichen" gar nicht aufgenommen hat, wird nach einer allgemeingültigen und darum auch bei Besprechung der Schuldklage verwendeten Einteilung vorgegangen. (Aus prozeßökonomischen, beweistechnischen Gründen wird freilich in der Praxis oft in einer anderen Reihenfolge verfahren.)

gelangt oder daß er behauptet, es sei wieder erloschen. Also: eine Einwendung gegen den objektiven Bestand der Hypothek; gegen das Bestehen des dinglichen Rechts, der Grundstücksbelastung als solcher.

Im Gegensatz zum Entwurf I § 1084, Abs. 2 ist dieses Verteidigungsmittel vom Gesetz als selbstverständlich nicht erwähnt.

Beispiele:

Es kann sein, daß die eingetragene Hypothek mangels einer Einigung nicht besteht; so wenn der Eigentümer bei ihrer Bestellung geschäftsunfähig war, wenn der dingliche Vertrag wegen Verstoßes gegen die guten Sitten oder als simulierter Rechtsakt nichtig ist oder zufolge Anfechtung (wegen Irrtums, Betrugs, Drohung) nichtig geworden ist[4]). Es kann sein, daß eine aufschiebende Bedingung, unter der die Hypothek gestellt wurde, nicht eingetreten ist oder eine auflösende Bedingung sich erfüllt hat. Schließlich gehören hierher die Fälle, in denen die Hypothek überhaupt nicht oder nicht vollständig, z. B. nicht mit den sämtlichen gemäß § 1115 notwendigen Angaben eingetragen ist.

Soweit das Nichtbestehen der Hypothek, wie im letzten Beispiel aus dem Grundbuch hervorgeht, fehlt es an der Voraussetzung für einen gutgläubigen Erwerb[5]). Im übrigen kann aber einem gutgläubigen Erwerber der Hypothek diese Einwendung gemäß § 892 nicht entgegengesetzt werden.

II.

Ferner kann der Eigentümer geltend machen, es bestehe zwar eine Grundstücksbelastung, es sei aber ein anderer daran berechtigt (sie stehe nicht als Hypothek dem Kläger zu). Also: Einwendungen gegen den subjektiven Bestand der Hypothek; gegen das Gläubigerrecht des Klägers; Bestreiten der Aktivlegitimation.

Diese Verteidigungsmittel sind vom Gesetz als selbstverständlich nicht erwähnt, z. T. anders Entwurf I, § 1084, Abs. 2.

Hier sind drei Fälle zu unterscheiden:

1. Es kann sein, daß die persönliche Forderung, für welche die Hypothek bestellt wurde (§ 1113), tatsächlich nicht (oder nicht mehr) besteht; das Bestreiten der Aktivlegitimation, also zusammenfällt mit der Geltendmachung einer „Schuldeinwendung“[6]).

---

[4]) Die Anfechtung muß jedoch von dem Anfechtungsberechtigten erklärt sein; das für einen früheren Eigentümer begründete Anfechtungsrecht geht nicht auf seinen Sondernachfolger über (M. III, 689). Bezüglich der Einrede der Anfechtbarkeit des persönlichen Schuldverhältnisses siehe unten III, 2 b.

[5]) Vergl. oben § 2, I, 2.

[6]) Der Einwendung gegen den subjektiven Bestand der Hypothek entspricht also eine Einwendung gegen den objektiven Bestand der Forderung! Näheres unten § 11, I.

In solchen Fällen ist das Grundstück nicht mit der eingetragenen Gläubigerhypothek belastet, sondern

a) mit einer Eigentümergrundschuld, wenn

α) die Forderung von vorneherein nicht entstanden ist. §§ 1163, Abs. 1, 1177. Beispiele: Bei einer Darlehenshypothek ist die Hingabe des Darlehens unterblieben (beachte jedoch § 1139) oder die Forderung ist wegen Wuchers unwirksam;

β) oder in der Folge durch eine Rechtshandlung des nicht ersatzberechtigten persönlichen Schuldners erloschen ist. §§ 1164 e contrario 1163, Abs. 1, Satz 2, z. B. infolge Erfüllung (§ 362);

b) mit einer Gläubigerhypothek des (bisher) persönlichen Schuldners, wenn und soweit dieser, nachdem er den Gläubiger befriedigt hat, von dem Eigentümer oder einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen kann[7]) (§ 1164).

Zugunsten eines gutgläubigen Erwerbers der Hypothek gilt aber das Grundbuch als richtig, die Forderung als bestehend, die Einwendung versagt (§§ 892, 1138).

Diese Erstreckung des öffentlichen Glaubens auf die Forderung wäre, wie Wolff[8]) hervorhebt, vielleicht schon aus § 892 ersichtlich aber § 1138 ist deshalb wichtig, weil diese Bestimmung für die Sicherungshypothek ausgeschlossen wird[9]). § 892 selbst bedeutet daher (für Hypothekeneinträge) nur: „Zugunsten desjenigen, der eine Hypothek erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs in Ansehung des Eintrags als richtig, wenn die eingetragene Forderung besteht“[10])

[7]) Die Rechtsnatur der auf den ersatzberechtigten Schuldner übergehenden Hypothek ist zwar äußerst bestritten. Die herrschende Meinung (vergl. Planck, § 1164, 3) geht aber mit Recht dahin, daß die bisherige Forderung durch die Zahlung an den Gläubiger endgültig erloschen ist, daß statt dessen nun die Regreßforderung des früheren Schuldners gegen den Eigentümer entsteht und diese Forderung von nun an die Grundlage für die Hypothek bildet, die zugleich auf den früheren Schuldner übergeht. Eine Zusammenstellung der einzelnen Lehrmeinungen gibt Willms S. 38 ff. Soweit dessen Ausführungen, die von Fuchs (§ 1164, 6) vertretene Meinung, daß es die bisherige Forderung und Hypothek sind, die auf den ersatzberechtigten Schuldner kraft Gesetzes übergehen, kritisieren, soll hier noch ergänzend betont werden — was, soviel ich sehe, auch sonst übersehen wird —: die Meinung Fuchs' ist schon deshalb abzulehnen, weil durch den „Übergang“ einer Forderung niemals die Richtung derselben verändert werden kann. Während die bisherige Forderung gegen den Schuldner ging, richtet sich die Ersatzforderung gegen den Eigentümer. Bei den von Fuchs herangezogenen §§ 426, 774 bleibt dagegen das Richtungszeichen gleich.

[8]) § 137, II, 1 b.

[9]) Vergl. auch Sternberg S. 388, II: „Diese negative Wirkung des § 1138 ist von großer Bedeutung für die Erkenntnis des Wesens der Sicherungshypothek.“

[10]) Und zwar — das übersieht Wolff a. a. O. — so besteht, wie eingetragen, d. h. nicht nur objektiv, sondern auch, was das Gläubigerrecht anlangt. Vergl. auch unten Anm. 15.

2. Es kann sein, daß, ohne Rücksicht auf das Bestehen oder Nichtbestehen der persönlichen Forderung, das Grundstück deshalb nicht mit der eigetragenen Fremdhypothek, sondern mit einer Eigentümergrundschuld (§ 1177, Satz 1) belastet ist, weil der Gläubiger im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen wurde (§ 1170).

Hat hier ein Dritter ohne Kenntnis vom Ausschlußurteil die Hypothek vom eingetragenen Gläubiger erworben, so kann er sich gegenüber dem Eigentümer mit Recht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen [11]). § 892 (ev. mit § 1138, falls auch die Forderung nicht bestand).

Ein Bestreiten der Aktivlegitimation nach der dinglichen Grundlage, ohne Rücksicht auf das Bestehen oder Nichtbestehen der persönlichen Forderung ist auch möglich,

a) weil der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet hat, §§ 1168, 1177, Abs. 1;

b) weil eine Auswechslung der Forderung erfolgte, § 1180.

Wegen der notwendigen Eintragung im Grundbuch fehlt es aber in diesen Fällen an der Vorassetzung für einen gutgläubigen Erwerb [12]).

3. Es kann sein, daß zwar die Grundstücksbelastung und die Forderung gültig und nicht getrennt als Hypothek bestehen; daß aber das Recht einem anderen zusteht, als dem eingetragenen Gläubiger [13]).

So, wenn eine nichtige Zession einer Hypothek (z. B. die eines Geschäftsunfähigen) eingetragen ist; oder wenn ein nach § 1150 Ablösungsberechtigter oder ein Bürge (§ 774) oder der nicht persönlich haftende Eigentümer [14]) den Gläubiger befriedigt und damit Forderung und Hypothek erworben hat, ohne daß jeweils der Rechtsübergang eingetragen worden ist.

Auch hier ist der gutgläubige Zessionar des Scheingläubigers geschützt (§§ 892, 1138) [15]).

---

[11]) Ebenso Kober, § 1170, Va; Planck, § 1170, 6 b; Biermann, § 1170, 3 c; Kretzschmar, § 1170, 4 c; a. M. mit Rücksicht auf die öffentliche Bekanntmachung des Aufgebots Fuchs, § 1170, 6; Oberneck, R.G.B.R., Bd. 2, § 153 Nr. 5.

[12]) Vergl. oben, § 2, I, 2.

[13]) Hier fallen Einwendung gegen den subjektiven Bestand der Hypothek und Einwendung gegen den subjektiven Bestand der Forderung zusammen. Näheres unten § 11, II, Text zu Anm. 19, S. 65.

[14]) §§ 1143, Abs. 1; 1177, Abs. 2. Vergl. auch § 1171. Gleichgültig, ob ihm ein Regreßrecht gegen den persönlichen Schuldner zusteht oder nicht. Vergl. Kober, §§ 1143, I, 1 b und die dort angeführte Literatur.

[15]) Irrig Wolff (§ 137, II, 1 d), der hier nur § 892 zitiert. Zwar erwirbt in solchen Fällen der gutgläubige Zessionar die Forderung nicht nur soweit sie „für die Hypothek" von Bedeutung ist (§ 1138), sondern auch als persönliche Forderung (so mit Recht Wolff, § 137, Anm. 8; näheres unten § 11, II); aber § 1138 ist auch hier wichtig, weil diese Bestimmung für die Sicherungshypothek ausgeschlossen ist. Vergl. unten § 11, II, 4 c *α*.

III.

Endlich kann der Eigentümer geltend machen, es bestehe zwar eine Grundstücksbelastung, die auch dem Kläger als Gläubiger hypothek zustehe; der Ausübung des Verwertungsrechts stünden aber Einreden entgegen.

Gemäß der Doppelnatur der Hypothek ist hier zu unterscheiden zwischen der dinglichen und obligatorischen Grundlage, d. h. zwischen den das Wertrecht unmittelbar treffenden Einreden und solchen, die sich an sich gegen die Forderung und nur mittelbar gegen das Wertrecht richten. Doch ist zu beachten, daß jene Gegenrechte des Eigentümers, die nur mit der dinglichen Belastung als solcher zusammenhängen und nur der dinglichen Klage entgegengesetzt werden können, trotzdem nicht dinglicher Natur sind; also nicht ohne weiteres den Einwendungen gegen das Bestehen des dinglichen Rechts (sub I) gegenübergestellt werden können. Auch sie gründen sich auf schuldrechtliche Beziehungen; aber nicht auf das der Hypothek zugrundeliegende persönliche Schuldverhältnis sondern auf ein persönliches Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Eigentümer, der nicht der persönliche Schuldner der gesicherten Forderung zu sein braucht[16]).

1. Alle Einreden, die dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Hypothek zustehen, können dem hypothekarischen Anspruch entgegengehalten werden, „ohne daß der Eigentümer genötigt wäre sich auf die Geltendmachung seiner persönlichen Ansprüche in einem besonderen Verfahren verweisen zu lassen“[17]).

Hierher gehört namentlich der Fall, daß sich der Gläubiger dem Eigentümer gegenüber verpflichtet hat, sein Hypothekenrecht überhaupt nicht geltend zu machen oder trotz Fälligkeit der Forderung eine gewisse Zeit nicht (Stundung), die Hypothek nicht abzutreten oder auf sie verzichten zu wollen[18]).

Daß Einreden dieser Art, welche für einen früheren Eigentümer begründet waren, auch von dessen Nachfolger gebraucht werden können, daß also dieses Recht mit der Veräußerung des Grundstücks ohne weiteres auf den Erwerber übergehe, wird von den Motiven (III, S. 700) verneint; es müsse dem nachfolgenden Eigentümer ausdrücklich abgetreten sein.

---

[16]) Gerade hier erweist es sich als praktisch anzunehmen, daß Eigentümer und persönlicher Schuldner verschiedene Personen sind. Diese Scheidung lassen u. a. die P. III, 581 vermissen und kommen so zu irrigen, jedenfalls mißverständlichen Ausführungen.

[17]) M. III, 696. Dies war im E. I, § 1084, Abs. 1 ausdrücklich ausgesprochen; von der zweiten Kommission wurde aber die Vorschrift als selbstverständlich gestrichen. P. III, 581.

[18]) Vergl. auch Denkschrift zum B.G.B., S. 159. Weitere Beispiele R.G.R.K. § 1157, 1.

Doch können diese Einreden dem Nachfolger auf der Aktivseite entgegengehalten werden (§ 1157, Satz 1).

Wenn so der neue Gläubiger in eine obligatorische Verpflichtung des bisherigen einrückt, so mag es zweifelhaft erscheinen, wie dieser Vorgang rechtlich zu erklären ist. Am besten wird wohl mit Ramdohr [19]) von einer Passivsukzession in die Rechtsstellung des alten Gläubigers gesprochen [20]).

Auch diesen Einreden gegenüber erweist sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs als wirksam. Der gutgläubige Erwerber ist geschützt (§ 1157, Satz 2).

2. Nach der obligatorischen Grundlage hat der Eigentümer

a) alle Einreden, die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehen (§ 1137, Abs. 1); sie können ihm auch nicht durch Verzicht des persönlichen Schuldners entzogen werden (§ 1137, Abs. 2).

Von Wichtigkeit sind hier vor allem die Einrede der Stundung, des Zurückbehaltungsrechts (§ 273), der Vorausklage, wenn die Hypothek für eine Bürgschaftsschuld bestellt ist (§ 771), die Einrede der Minderung beim Kauf (§ 478), der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 821), des Delikts (§ 853).

Aus dem Sicherungszweck ergeben sich jedoch einige Ausnahmen; kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift sind folgende Einreden des persönlichen Schuldners der Geltendmachung durch den Eigentümer entzogen:

α) Die Verjährungseinrede, § 223.

β) Die Einrede der beschränkten Erbenhaftung, § 1137, Abs. 1, Satz 2 (vgl. auch § 1971).

γ) Die Einrede des rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleichs § 193 K.O.

b) Die nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden (§ 1137). Der Eigentümer kann also die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange dem persönlichen Schuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zugrundeliegende Rechtsgeschäft anzufechten oder solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des persönlichen Schuldners befriedigen kann [21]).

Doch ist die Weigerung nicht mehr zulässig, sobald der persönliche Schuldner die Frist zur Anfechtung versäumt oder auf die

[19]) S. 376 und Kober, § 1157, 1 e.

[20]) a. A. wohl Fischer-Henle, § 1157, 1; § 1153, 3, da für ihn § 1157 Satz 1 überflüssig ist, weil sein Inhalt schon aus § 1153 folge.

[21]) Das gleiche muß übrigens entgegen dem Wortlaut der §§ 1137, 770 Absatz 2, auch dann gelten, wenn nur der persönliche Schuldner, nicht aber der Gläubiger aufrechnen kann, so, wenn der Eigentümer geltend macht, daß der persönliche Schuldner gegen das hypothekarisch gesicherte Forderungsrecht mit einer aus einem vorsätzlichen Gläubigerdelikt entstandenen Gegenforderung aufrechnen könne (§ 393 e contrario). Es sei auf die Begründung von Enneccerus-Lehmann, § 190 (früher § 413) Anm. 10 verwiesen.

Anfechtung verzichtet und die Forderung damit bestätigt hat od
wenn er sich des Rechts auf Aufrechnung begeben hat. § 115
Absatz 2 findet nach der herrschenden und richtigen Ansicht [22]) hie
nicht Anwendung, weil die Anfechtung und die Aufrechnung kein
Einreden im Sinne des B.G.B. begründen und weil ferner aus de
Wortfassung des § 770 zu schließen ist, daß das Recht, der Zwangs
vollstreckung zu widersprechen, dem Eigentümer nur solang
zusteht, als der Schuldner zur Anfechtung oder der Gläubiger zu
Aufrechnung befugt ist.

Für die beiden Einreden (a) und (b) gilt der öffentliche Glaub
des Grundbuchs; der gutgläubige Erwerber ist geschützt (§ 1138).

Gesamtergebnis: Der gutgläubige Erwerb einer Ver
kehrshypothek in der Form der Buchhypothek wirkt sich aus in
dem Verlust sämtlicher Einwendungen und Einreden des Eigen
tümers, soweit sie in dem Rechtsverhältnis zum persönlichen Gläu
biger (Zedenten) ihren Grund haben.

Dies ist wohl allgemein anerkannt. Die hier verwendete Ei
teilung der Einwendungen und Einreden kann aber keineswegs a
die in der Literatur übliche bezeichnet werden. Mit Rücksicht au
das unstreitige Resultat mag es überflüssig scheinen hierauf näh
einzugehen. Soweit ausschließlich praktische Erwägungen ma
gebend waren, soll auch nicht davon gesprochen werden [23]). Dagege
soll kurz erörtert werden, inwiefern Kober in diesem Punkt m.
zu sachlicher Kritik Anlaß gibt.

Kober [24]) bezeichnet als eigene Gruppe von Einreden: „Al
Einreden, die sich aus dem Grundbuch selbst oder dem Hyp
thekenbrief (§ 1140) ergeben", und stellt sie beispielsweise den Ei
reden aus dem persönlichen Schuldverhältnis (§ 1137), jenen a
einem besonderen persönlichen Rechtsverhältnis zwischen Eige
tümer und Gläubiger (§ 1157), der zivilrechtlichen Bestreitung d
Rechtsbestandes der Hypothek nach der dinglichen Grundlage
wir sprechen hier von Einwendung gegen den objektiven Bestan
der Hypothek, siehe oben I — ebenbürtig gegenüber. Dem kann
nicht beigetreten werden. Einmal ist diese Ausdrucksweise miß
verständlich. Man könnte glauben, wenn das Grundbuch über ein
(Einwendung oder) Einrede [25]) Auskunft gibt, so kann dies unein
geschränkt geltend gemacht werden, will sagen ohne Rücksicht au
die innere Begründetheit einer solchen Einrede. Das wäre aber nu
möglich beim Prinzip der formalen Rechtskraft. Wo dagegen fü
Grundstücksrechte der Eintrag schon nicht rechtsbegründend is
in der Weise, daß der Eintrag für sich Recht schaffen würde, als

[22]) Vergl. Planck § 1137, 5.
[23]) Vergl. oben Anm. 3.
[24]) § 1137, II D, 2, ebenso M. III, 697/698; Entwurf I, § 1084, Abs. 2.
[25]) Kober gebraucht das Wort Einrede offenbar in einem die Einwen
dung mitumfassenden Sinn.

nur insoweit konstitutiv ist, als der Eintrag zur Vollendung des Rechtserwerbs, zu der materiellen Einigung hinzukommen muß (materielles Konsensprinzip), ist hier, wo Einwendung und Einrede in ihrer Existenz überhaupt nicht von der Eintragung abhängen, ein falscher Eintrag erst recht nicht rechtsbegründend.

Sind aber Einwendung und Einrede in ihrer Existenz nicht von der Eintragung abhängig und muß man auch bei den aus dem Grundbuch und dem Hypothekenbrief sich ergebenden Einreden ihre innere Begründetheit voraussetzen, welchen Nutzen hat dann noch jene Ausdrucksweise, kann sie als wissenschaftlich bezeichnet werden? Sie muß m. E. aus logischen Gründen abgelehnt werden. Schließlich können alle Einreden, denen gegenüber der öffentliche Glaube wirkt, ins Grundbuch eingetragen werden, und es ist daher nicht möglich, gerade die „aus dem Grundbuch sich ergebenden Einreden" als selbständige Gruppe z. B. den Einreden aus § 1137 gegenüberzustellen. Man kann nicht das eine Mal die Ursache der Geltung zur Grundlage nehmen (so bei §§ 1137, 1157) und daneben ein äußeres Merkmal (die Verlautbarung im Grundbuch) [26]).

Daran ändert nichts, daß Kober im Anschluß an die Motive a. a. O. seine Meinung mit folgenden Beispielen belegt: „Praktisch wichtig sind namentlich Veräußerungsverbote, welche einer Geltendmachung der Hypothek entgegenstehen, oder Widersprüche zur Erhaltung von Einwendungen, die gegen einen Vormann des gegenwärtigen Gläubigers eingetragen sind, gleichviel, ob durch sie die Forderung als Grundlage des dinglichen Rechts oder das letztere unmittelbar betroffen wird". Auch soweit es sich um eintragungsfähige Veräußerungsverbote (und Verfügungsbeschränkungen) handelt, ist die Eintragung nicht konstitutiv [27]), und die Geltendmachung ist nur ein Bestreiten der Aktivlegitimation [28]); die Widersprüche sind ferner nichts anderes als negative Voraussetzungen für einen gutgläubigen Erwerb. Geht aus dem Grundbuch eine Einrede hervor, z. B. infolge eines Widerspruchs, so fehlt es eben an der Voraussetzung für einen gutgläubigen Erwerb.

Die aus dem Grundbuch oder dem Hypothekenbrief selbst sich ergebenden Einwendungen und Einreden stellen somit keine eigene Gruppe von Einwendungen und Einreden dar; sie lassen sich sämtlich in die oben angeführten Arten einreihen und haben überdies

[26]) Freilich gibt es Einwendungen, die notwendigerweise und als gültig aus dem Grundbuch sich ergeben, z. B. unvollständige Eintragung. Auch hier ist aber die Verlautbarung im Grundbuch nur eine notwendige Folge; der Grund der Geltung ist das Nichtbestehen der Hypothek, also eine Einwendung gegen den objektiven Bestand der Hypothek.

[27]) Für die relativen Verfügungsbeschränkungen ist zudem durch die Vorschrift des § 892, Abs. 1, Satz 2 ausdrücklich entschieden, daß es sich nicht um Rechtsgebilde mit Eintragungszwang, sondern nur um solche mit Eintragungsmöglichkeit handelt. Vergl. Ramdohr, S. 338.

[28]) Vergl. oben Text nach Anm. 2.

für unser Thema keine positive Bedeutung, weil damit der gute Glaube ausgeschlossen ist.

b) Als Briefhypothek.

§ 7.

Für die Briefhypothek gelten im wesentlichen die gleichen Regeln wie für die Buchhypothek [29]).

Im einzelnen ist zu sagen:

Es ist grundsätzlich gleichgültig, in welcher Form dem Kläger die Hypothek abgetreten wurde, ob durch Grundbuchumschreibung gemäß § 1154, Abs. 2, oder durch öffentlich beglaubigte oder privatschriftliche Abtretungserklärung (jeweils neben der Übergabe des Briefes). Maßgebend ist die Legitimation des Zedenten und damit dessen Erwerbsart.

I.

Beim unmittelbaren Erwerb vom eingetragenen Gläubiger wird dem gutgläubigen Zessionar wie bei der Buchhypothek der objektive Bestand der Grundstücksbelastung (oben § 6, I) gemäß § 892, das subjektive Gläubigerrecht (doch nur in den Fällen § 6, II, 1 u. 3) gemäß §§ 1138, 892, die Einredefreiheit (§ 6, III, 1. u. 2) gemäß §§ 1138, 1157 gewährleistet. Soweit das Gläubigerrecht, ohne Rücksicht auf das Bestehen oder Nichtbestehen der persönlichen Forderung bei der Buchhypothek bestritten werden konnte (§ 6, II, 2) ist folgendes zu sagen: Bei der Briefhypothek tritt zugleich mit der Erlassung des Ausschlußurteils die Kraftlosigkeit des alten Hypothekenbriefs ein (§ 1170), sodaß auf Grund desselben nach Erlassung des Ausschlußurteils kein Rechtserwerb mehr vermittelt werden kann und die Berufung auf den öffentlichen Glauben versagt [30]). Wohl aber ist ein anderer zu dieser Gruppe gehörender Fall möglich, der sogar von größerer praktischer Bedeutung ist wie der des § 1170, nämlich die mangelnde Briefübergabe nach §§ 1163, Abs. 2, 1177. Gegen diese Einwendung ist der redliche Erwerber nach § 892 geschützt.

II.

Ist der Zedent fiktiv eingetragener Gläubiger im Sinn des § 1155 gewesen, so wird die subjektive Berechtigung der Vormänner (einschließlich der Einredefreiheit) durch Vermittlung des § 1155 gewährleistet. Für den objektiven Bestand der Hypothek bleibt dagegen das Grundbuch Schutzquelle. Wird das Gläubigerrecht ohne Rücksicht auf das Bestehen oder Nichtbestehen der persön-

[29]) Wegen der sog. formellen Voraussetzungen, auf die der öffentliche Glaube ohne Einfluß ist, vergl. außer § 1141 auch § 1156, Satz 2. Beachte ferner § 1160 (selbständige Einrede der mangelnden Urkundenvorlage).

[30]) Vergl. M. III, 763 und besonders Planck, § 1170, 6c; ferner Kober, § 1170, V, a und c.

lichen Forderung bestritten, so gilt das unter I Gesagte entsprechend. Ein weiterer Fall, in dem Grundstücksbelastung und Forderung gültig und nicht getrennt als Hypothek bestanden, aber nicht dem Zedenten zustanden (oben § 6, II, 3), ist der, daß bei mehreren Übertragungen einmal die Briefübergabe fehlte. Schutz: §§ 1155, 892, 1138.

III.

Ist der Rechtsurheber nicht eingetragen und gilt er auch nicht als eingetragen im Sinne des § 1155 (z. B. Erwerb des Vormanns von einem fiktiv Eingetragenen durch unbeglaubigte Abtretungsurkunde), so dient dem rechtsgeschäftlichen Erwerber ohne Rücksicht auf die Art seines Erwerbsvollzugs das Grundbuch als zuverlässige Quelle für den objektiv-hypothekenrechtlichen Bestand. Das subjektive Gläubigerrecht der Vormänner aber wird nur insoweit gewährleistet, als die zurückliegenden Übertragungsurkunden durch eine ununterbrochene Reihe von Formalurkunden im Sinn des § 1155 gedeckt sind (§§ 1155, 1138, 892, 1157).

2. Bei der Sicherungshypothek.

§ 8.

Bei den rechtsgeschäftlichen Sicherungshypotheken, mit denen wir uns allein hier zu befassen haben[31]), kennt das Gesetz zwei Arten: die gewillkürten (§ 1184) und die notwendigen, welch letztere wieder geschieden werden in die Inhaber- und Orderhypotheken (§§ 1187/1189) und die Höchstbetragshypotheken (§ 1190).

I. Gewillkürte Sicherungshypothek.

Gleich der Verkehrshypothek ist der öffentliche Glaube ohne Einfluß auf die Geltendmachung von formellen Voraussetzungen (wie Kündigung, für die hier übrigens § 1141 nicht gilt), von Mängeln des Rechtsgeschäfts, auf Grund dessen der Kläger die Hypothek erworben haben will (wie Geschäftsunfähigkeit des Zedenten). Ihr Verhältnis zu den Verfügungsbeschränkungen ist dasselbe wie bei der gewöhnlichen Hypothek.

Im übrigen, soweit also die Beziehungen zum bisherigen Gläubiger in Frage stehen, liegt aber gerade der Kern des Unterschieds zwischen Sicherungshypothek und Verkehrshypothek. Bei Besprechung der §§ 1138 und 892 ist bereits hervorgehoben worden[32]), daß § 892 selbst (für Hypothekeneinträge) nur bedeutet: „Zugunsten desjenigen, der eine Hypothek erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs in Ansehung des Eintrags als richtig, wenn die eingetragene Forderung besteht“ und daß die wegen der Doppel- (oder akzes-

[31]) Vergl. oben § 2, II.
[32]) Oben § 6, II, 1 a. E.

sorischen?) Natur der Hypothek notwendige Erstreckung des öffentlichen Glaubens auf die Forderung einschließlich der Schuldeinreden erst und nur durch § 1138 erreicht wird. Durch den Ausschluß des § 1138 bei der Sicherungshypothek (§ 1185, Abs. 2) ist daher der Bucheintrag in Ansehung der Hypothekenforderung völlig wirkungslos. Ist so der gutgläubige Erwerber gegen die mit der Forderung zusammenhängenden Einwendungen und Einreden (oben § 6, II, 1 u. 3; III, 2) nicht geschützt, so gewährleistet doch das Öffentlichkeitsprinzip auch bei der Sicherungshypothek den Bestand der dinglichen Belastung (oben § 6, I), das Gläubigerrecht, soweit es auf dinglicher Grundlage beruht (§ 6, II, 2) und die Unantastbarkeit der Hypothek durch die Gegenrechte des § 1157 (§ 6, III, 1).

II. Notwendige Sicherungshypotheken.

1. Inhaber- und Orderhypothek.

Trotz ihrer Natur als Sicherungshypothek ist der Eigentümer in der Geltendmachung von Einwendungen und Einreden in ähnlicher Weise beschränkt wie gegenüber einer Verkehrshypothek [33]). Für unser Thema bestehen aber darum keine Besonderheiten gegenüber der gewöhnlichen gewillkürten Sicherungshypothek, da der Zessionar einer Inhaber- oder Orderhypothek nur wegen des Wertpapiercharakters eine bessere Rechtsposition als sonst bei der Sicherungshypothek gewinnt. Vergl. §§ 796 B.G.B., 364 H.G.B., Art. 82 W.O. Auf Grund des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs ist der gutgläubige Erwerber nur gegen die unmittelbar das Wertrecht treffenden Einwendungen und Einreden geschützt; doch ist zu beachten, daß wegen der Befreiung des hypothekenrechtlichen Übergangs vom Grundbucheintrag das Gläubigerrecht, auch soweit es auf dinglicher Grundlage beruht (oben § 6, II, 2; statt § 1170 B.G.B. gilt für die Inhaberhypothek § 1188, Abs. 2), nicht mehr unter dem Schutz des § 892 stehen kann [34]).

2. Höchstbetragshypothek.

Auch hier kann auf die bei der gewillkürten Sicherungshypothek dargestellten Grundsätze verwiesen werden.

Hervorzuheben ist nur, daß § 1190, Abs. 4 einen weiteren Fall des Bestreitens des Gläubigerrechts nach der dinglichen Grundlage ermöglicht, ohne daß allerdings ein gutgläubiger Erwerb denkbar ist, da

---

[33]) Vergl. Planck, § 1187, 4 b.

[34]) A. A., besonders Hachenburg, Vortr. 604 ff., insofern er wegen der Befreiung des Übergangs dieser Hypothek vom Grundbucheintrag den Grundbuchschutz des § 892 überhaupt verneint und die Geltendmachung der mit der Hypothek zusammenhängenden Einreden des § 1157 gegenüber dem dritten Inhaber immer, also ohne Rücksicht auf ihre Verlautbarung im Grundbuch, versagt. Dagegen besonders Planck a. a. O., Kober, § 1187, 3 c.

beim ersten Zessionar die Unrichtigkeit des Grundbuchs, bei einem späteren Erwerber die sachenrechtliche Übertragungsform fehlt.

II. Nebenanspruch.

§ 9.

Das hypothekenbelastete Grundstück haftet, wie bereits erwähnt[35]), nicht bloß für die Kapitalforderung, sondern auch für gewisse Nebenforderungen, so für vertragliche oder gesetzliche Zinsen, Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstück bezweckenden Rechtsverfolgung (§§ 1115, 1118). Zum sog. „Hauptanspruch" treten also „Nebenansprüche", um bei diesem nach den obigen[36]) Ausführungen wohl nicht mehr mißverständlichen Sprachgebrauch zu bleiben.

In Ansehung dieser Nebenansprüche geben nun die Eintragungen im Grundbuch nur im allgemeinen Auskunft. Über die Rechtsverhältnisse der einzelnen Beträge dagegen schweigt das Buch und darum hat das Gesetz in den §§ 1158, 1159 eine Sonderregelung getroffen. Legen wir unserer Erörterung das Hauptbeispiel einer Nebenforderung, die Zinsforderung, zugrunde und verwenden wir dabei die von A. Wolf[37]) geprägten treffenden Ausdrücke: Hypothekenzinsforderung statt „Forderung, soweit sie auf Zinsen gerichtet ist" und Zinsforderungshypothek statt „Hypothek, soweit sie sich auf Zinsen der Forderung erstreckt".

Bei Geltendmachung der Zinsforderungshypothek, als des hier in Frage stehenden dinglichen Anspruchs, durch einen gutgläubigen Erwerber ist das Einwendungs- (und Einrede-) Recht des Eigentümers[38]) in viel geringerem Maße beschränkt, als gegenüber der auf die Kapitalforderung sich stützenden actio hypothecaria.

Im einzelnen ist zu unterscheiden zwischen rückständigen und künftigen Zinsen, welch letztere wieder zerfallen in solche, „die nicht später als in dem Kalendervierteljahr, in welchem der Eigentümer von der Abtretung Kenntnis erlangt oder dem folgenden Vierteljahr fällig werden" und in solche, deren Fälligkeit erst später eintritt[39]).

---

[35]) Oben § 5, Anm. 7, S. 39.

[36]) § 5, I.

[37]) § 2, S. 4.

[38]) Soweit es in dem Rechtsverhältnis zum bisherigen Gläubiger seinen Grund hat, denn aus den Beziehungen zwischen den beiden unmittelbar am Prozeß Beteiligten sind ja, wie schon mehrfach betont, alle Behauptungen ohne Rücksicht auf den „guten Glauben" zulässig.

[39]) Die für die Einteilung in diese drei Gruppen maßgebenden Kriterien sind zwar durchwegs bestritten. Insbesondere stellen es manche Schriftsteller trotz des Wortlauts des § 1158 im Anschluß an Biermann, § 1158, 2 und an eine Bemerkung in den P. VI, 256 bei dieser Gruppe nicht auf das „fällig", sondern auf das „geschuldet" werden der Zinsen ab. Trotzdem kann auf eine nähere Begründung für die hier vertretene Ansicht verzichtet werden, da m. E. besonders durch A. Wolf, § 14, S. 47 ff. hierüber Endgültiges gesagt worden ist.

I. Rückständige Zinsen.

Rückständig sind Leistungen dann, wenn der Termin für ihre Fälligkeit vorübergegangen ist, ohne daß der Anspruch auf sie getilgt wurde oder sonst erlosch[40]). Für die Anwendung des § 1159 gilt dabei als maßgebender Stichpunkt die Zeit der Abtretung an den Kläger.

Bei diesen also zur Zeit der Übertragung schon fälligen Zinsen bestimmen sich nach § 1159 sowohl die Form als auch die Wirkungen der Abtretung durchaus nach Obligationenrecht und zwar, wie durch Absatz 2 wohl außer Zweifel gestellt ist, selbst die Wirkungen für das dingliche Recht als solches. § 892 findet nicht nur auf die mit der zugrundeliegenden Forderung zusammenhängenden Einwendungen und Einreden keine Anwendung, sondern wie § 1159, Abs. 2 allgemein sagt: auf die im Absatz 1 bezeichneten Ansprüche.

Dem Zessionar den objektiven Bestand der Zinsrückstandshypothek zu gewährleisten wäre auch um deswillen nicht möglich, weil hier eine Einwendung gegen den objektiven Bestand der Forderung anders als beim Hauptanspruch und bei den künftigen Zinsen wegen § 1178, Abs. 1 zugleich eine Einwendung gegen den objektiven Bestand des dinglichen Rechts bildet; eine Einwendung gegen den objektiven Bestand der Zinsforderungshypothek, also auch auf obligatorischer Grundlage beruhen kann. Mithin bleiben dem Eigentümer sämtliche Einwendungen und Einreden[41]) auch gegenüber einem redlichen Erwerber erhalten und zwar gleichgültig, ob es sich um eine Verkehrs- oder Sicherungshypothek, Buch- oder Briefhypothek handelt[42]).

II. Hypothekenzinsen, die nicht später als in dem Kalendervierteljahr, in welchem der Eigentümer von der Übertragung Kenntnis erlangt oder dem folgenden Vierteljahr fällig werden.

Wenn hier Ramdohr[43]) sagt: „Herausgenommen wird also ein Zeitabschnitt von einem halben Jahr und zwar bestimmt sich der Stichtag nicht durch den Übergang des Rechts, sondern durch die Kenntnis des Grundstückseigentümers von jenem Vorgang", so ist das zum mindesten ungenau und mißverständlich; es heißt nicht

---

[40]) Kober, § 1159, 1 a.

[41]) Beachte auch § 223, Abs. 3.

[42]) Die Bedeutung des § 1159 für Zinsrückstände einer Sicherungshypothek liegt freilich nur in der Zulassung rein dinglicher Einwendungen und Einreden. — Irrig Kober, § 1185, 2 a: Durch den Ausschluß des § 1138 bei der Sicherungshypothek „werden die Bestimmungen in den §§ 1158, 1159, Abs. 2 selbstverständlich und entbehrlich". § 1185, Abs. 2 schließt doch z. B. § 1157 nicht von der Anwendbarkeit auf die Sicherungshypothek aus; wohl aber schließen ihn die §§ 1158, 1159 aus.

[43]) S. 377. Vergl. auch u. a. Fuchs, § 1158, 5 „Kritisches Halbjahr".

einfach „Zinsen, die in dem Vierteljahr der Kenntniserlangung oder dem folgenden Vierteljahr fällig werden"; sondern es sind die Worte gebraucht „nicht später". Damit ist nur ein Endtermin gegeben, für dessen Berechnung die Kenntnis des Grundstückseigentümers der Stichtag ist. Als Anfangstermin kann aber nur der Zeitpunkt der Abtretung in Betracht kommen und muß es, denn nur so schließt sich diese Gruppe lückenlos an die rückständigen Zinsen an. Das Gesetz schreibt nun vor, daß in Ansehung der also zeitlich begrenzten Zinsen auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger die §§ 406—408 Anwendung finden; daß sich ferner der Gläubiger gegenüber den Einwendungen, welche dem Eigentümer nach den §§ 404, 406—408, 1157 zustehen, nicht auf die Vorschriften des § 892 berufen kann. Damit ist anders als bei der Zinsrückstandshypothek die sachenrechtliche Übertragungsform beibehalten, was hier aber nicht weiter interessiert. Auch soweit auf die §§ 406—408 verwiesen ist, ist darauf nicht einzugehen, weil „diese Vorgänge in einer Zeit liegen, wo die Wirkungen des öffentlichen Glaubens sich bereits betätigt hatten und nicht mehr sich zu äußern vermögen" [44]).

Hier frägt es sich nur, in welchem Umfang Einwendungen und Einreden des Eigentümers, die dem bisherigen Gläubiger entgegengesetzt werden konnten, durch die unbeschränkte Zulassung der §§ 404, 1157 auch dem redlichen Zessionar gegenüber geltend gemacht werden können.

Sicher ist, daß mit § 404 die auf obligatorischer Grundlage beruhenden Einwendungen und Einreden dem Eigentümer erhalten bleiben [45]). Dabei ist es nicht nötig, wie Ramdohr [46]) es tut, peinlich zu scheiden zwischen Einwendungen, welche aus der Person des Schuldners hergeleitet werden (z. B. Bezahlung durch den Schuldner) und solchen, welche zwar gleichfalls die Forderung betreffen, aber vom Eigentümer aus seiner Person vorgeschützt werden (z. B. Bezahlung durch den Eigentümer) und im letzteren Fall analoge Anwendung des § 404 anzunehmen, da diese Vorschrift nur den ersteren Fall umfasse. Vielmehr ist es unrichtig, daß § 404 nur die Einwendungen erzeugenden Rechtshandlungen des Schuldners im Auge hat. Schuldner kann sich doch gegenüber der persönlichen Klage auch auf die Bezahlung durch den Eigentümer berufen. (Einwendung gegen den subjektiven Bestand der Forderung. Arg. § 1143.)

---

[44]) Ramdohr, S. 377. — Aus dem gleichen Grund ist es überflüssig und irrig die §§ 406—408 in Verbindung mit § 892 zu bringen. (§ 1158, 2. Halbsatz.) Vergl. oben § 1, I Text zu Anm. 13; ferner Ramdohr a. a. O.; A. Wolf, S. 72; Schmid, S. 100.

[45]) Doch gilt § 405, da er nur eine Einschränkung der im § 404 zugelassenen Einwendungen enthält. Vergl. Kober, § 1158, 1 g.

[46]) S. 379.

Sicher ist weiter, daß mit § 1157 der Eigentümer dem Erwerber die auf besonderer Vereinbarung zwischen dem bisherigen Gläubiger beruhenden Einreden aus dem dinglichen Recht entgegensetzen kann [47]).

Zweifelhaft erscheint jedoch, ob sich der Zessionar nicht wenigstens bei den Einwendungen, welche sich gegen den objektiven Bestand des dinglichen Rechts richten (oben § 6, sub I) auf § 892 berufen kann.

Diese Frage wird in der Literatur fast nirgends geprüft; wohl stillschweigend verneint. Ramdohr [48]) versagt den öffentlichen Glaubensschutz mit der Begründung: „Was für Einreden — die nur lose mit der Hypothek zusammenhängenden Gegenrechte — gilt, muß sicherlich nicht weniger betreffs der Einwendungen Platz greifen, die doch unmittelbar die Belastung selbst angehen." Meines Erachtens zu Unrecht. In Ansehung der rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Tatsachen bleibt Raum für § 892, wenn und soweit der objektive Bestand des dinglichen Rechts in Frage steht [49]). Und zwar aus folgenden Gründen:

a) Bei dem bestimmten Wortlaut des Gesetzes ist es ohne zwingenden Grund nicht angängig zu einer extensiven Interpretation zu greifen.

b) Ein solch zwingender Grund ist nun zunächst aus einer Vergleichung mit § 1159 nicht herzuleiten. Während § 1159 Abs. 2 ganz allgemein von den in Abs. 1 bezeichneten „Ansprüchen", also von der Geltendmachung der Zinsforderungshypothek überhaupt spricht, zählt § 1158 die Einwendungen einzeln auf, denen gegenüber das Öffentlichkeitsprinzip versagt.

c) Ebensowenig liegt ein zwingender Grund zur Abweichung vom Wortlaute vor, wenn die Billigkeit und die innere Struktur der einschlägigen Vorschriften berücksichtigt wird. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Meinung der Verfasser unseres Gesetzes nicht doch dahin ging, die beiden Fälle (§§ 1158 und 1159) zwar nicht in der Form der Abtretung, wohl aber in ihrer Wirkung, also in dem hier allein interessierenden Verhältnis zum Grundbuchschutz vollständig gleich zu gestalten. „Auslegung ist nicht Darlegung des Sinnes, welchen der Gesetzgeber tatsächlich mit dem Satze verband, sondern des Sinnes, welcher dem Gesetze immanent

---

[47]) Nicht zutreffend erscheint übrigens die Zitierung des ganzen § 1157 in § 1158, denn sie drückt im Hinblick auf Satz 2 des § 1157 eine Gewährung und Verneinung des Grundbuchschutzes des § 892 zugleich aus. Vergl. A. Wolf, S. 76.

[48]) S. 380.

[49]) So wie hier nur noch Paucke, S. 96, ohne seine Ansicht näher zu begründen.

ist[50])." Darnach ist aber m. E. die Anwendung des § 892 nicht unbegründet.

Der Anspruch auf rückständige Zinsen stellt ein selbständiges von der Hauptforderung gelöstes Forderungsrecht auf die einzelnen fälligen Zinsraten dar. Es bildet „für den Gläubiger einen von der Hauptforderung unabhängigen Gegenstand der Verfügung". (M. III, 713). Es ist darum erklärlich, daß von dem gutgläubigen Erwerb des dinglichen Hauptrechts die schon selbständige Zinsrückstandshypothek nicht profitieren soll, um so mehr als hier auch durch § 1178 die Eigentümerhypothek ausgeschlossen ist.

Anders bei den Zinsen des § 1158: Sie lehnen sich eng an die Hauptforderung an, was vor allem durch die sachenrechtliche Übertragungsform zum Ausdruck kommt; hier entspricht der Einwendung gegen den objektiven Bestand der persönlichen Forderung nicht eine Einwendung gegen den objektiven, sondern nur gegen den subjektiven Bestand des dinglichen Rechts, m. a. W. es gibt eine Eigentümerhypothek. Hier ist also eine Einwendung gegen die Grundstücksbelastung als solche, wie beim Hauptanspruch nur möglich, wenn von vorneherein das Recht mit offenen oder verdeckten Mängeln behaftet ist. (Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit, Bedingung. Siehe oben § 6, I.) Auch würde ein vollständiger Ausschluß des § 892 in keiner Weise gedeckt sein mit dem rechtspolitischen Grund des § 1158. Als solcher wird nur angegeben[51]), daß man in Anlehnung der für Mietzinse getroffenen Vorschriften dem Eigentümer gestatten wollte, mit Sicherheit gegen Nachforderungen dem aus dem Grundbuch sich ergebenden Gläubiger oder seinem Zinszessionar die Zinsen für das laufende und das folgende Vierteljahr vorauszubezahlen. Warum soll aber dem durch einen gutgläubigen Erwerb des tatsächlich nicht bestehenden dinglichen Hauptrechts geschädigten Eigentümer bei den Zinsen eine Schonzeit von einem halben Jahr gegeben werden?

Bei dieser Sachlage kann der Beweisführung Ramdohrs nicht beigetreten werden. M. E. ist es eine Verkennung der ratio legis, wenn Ramdohr sagt: „Was für die nur lose mit der Hypothek zusammenhängenden Gegenrechte gilt, muß sicherlich nicht weniger betreffs der Einwendungen Platz greifen, die doch unmittelbar die Belastung angehen." Eine gerade entgegengesetzte Schlußfolgerung erscheint wohl richtiger.

Der letzten Endes obligatorische Charakter des § 1157 — obligatorisch freilich nicht im Sinn des persönlichen Schuldverhältnisses — verlangt hier die unbeschränkte Zulassung seiner Einreden. Der Schutz gegen eine Einwendung, die sich gegen die aus-

[50]) Wach in Bindings Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, IX, 2, 1, S. 258.

[51]) Vergl. P. VI, 255; Fuchs, § 1158, I c; Boehm, § 1158, I.

schließlich dingliche Existenz des Rechts richtet, wird davon nicht berührt. § 892 findet insoweit Anwendung.

§ 1158 gilt für alle Hypothekenarten; für die laufenden Zinsen einer Sicherungshypothek ist § 1158 jedoch nur unter dem Gesichtspunkt des § 1157 von Bedeutung [52]).

III. Hypothekenzinsen, die später als in dem Kalendervierteljahr, in welchem der Eigentümer von der Übertragung Kenntnis erlangt oder dem folgenden Vierteljahr fällig werden.

Hierfür ist nichts Besonderes bestimmt. Es gelten daher dieselben Grundsätze, wie sie beim Hauptanspruch entwickelt wurden. Dem Erwerber können bei der Verkehrshypothek nur solche Mängel entgegengehalten werden, die zur Zeit des Erwerbs ihm bekannt oder im Grundbuch eingetragen oder auf dem Brief vermerkt sind (§§ 892, 1137, 1138, 1155, 1157).

Bei der Sicherungshypothek beschränkt sich der Schutz auf die Einwendungen und Einreden, die das dingliche Recht unmittelbar betreffen (§§ 892, 1157).

---

[52]) Vergl. oben Anm. 42, S. 56.

2. Kapitel:

Wirkung für den persönlichen Anspruch.

1. Allgemeines.

§ 10.

Die Erörterung der Wirkung eines gutgläubigen Erwerbs der Hypothek für den dinglichen Anspruch hat u. a. gezeigt, welch entscheidende Bedeutung die persönliche Forderung für das Schicksal des mit ihr verbundenen dinglichen Rechts hat. Nun ist allgemein anerkannt, daß auch eine umgekehrte Einwirkung besteht, also von seiten der Hypothek auf die persönliche Forderung.

Von der durchaus herrschenden Lehre wird dieser Einfluß aber auf Nebenpunkte beschränkt[1]); insbesondere wird ein Einfluß eines gutgläubigen Erwerbs der Hypothek auf die persönliche Forderung mit Rücksicht auf § 1138 meist von vornherein als selbstverständlich verneint und diese Erkenntnis zum Ausgangspunkt rein theoretischer Betrachtungen über die (Nicht-)Akzessorietät der Hypothek gemacht. Demgegenüber will unsere Darstellung, wie schon erwähnt[2]), das Schicksal der persönlichen Forderung im Falle eines gutgläubigen Erwerbs der Hypothek unter dem gleichen Gesichtspunkt wie beim dinglichen Recht behandeln.

Es frägt sich also, ob und inwieweit der persönliche Schuldner in der Geltendmachung von Einwendungen und Einreden, die er dem Zedenten hätte entgegensetzen können, dem gutgläubigen Erwerber der Hypothek gegenüber beschränkt ist. Das Ergebnis wird m. E. diese etwas formalistisch schwerfällige Methode rechtfertigen.

Nur insofern vereinfacht sich die Gliederung gegenüber dem dinglichen Anspruch, als

a) zwar das dingliche Recht Einwendungen und Einreden aus der zugrundeliegenden Forderung entlehnt, der Schuldklage aber nur solche Einwendungen und Einreden entgegengesetzt werden können, die die Forderung unmittelbar berühren[3]);

b) damit zusammenhängend die Sicherungshypothek außer Betracht bleiben kann. Während wir einleitend[4]) sagen mußten, daß

---

[1]) Vergl. z. B. Cosack-Mitteis, Bd. 2, 1, § 86.

[2]) Oben § 5, vor I.

[3]) So kann z. B. der persönliche Schuldner Abmachungen zwischen Eigentümer und Gläubiger rein persönlicher Art, die sich auf die Forderung als solche nicht beziehen (§ 1157), zu seiner Verteidigung nicht heranziehen. (Auch ein Beweis dafür, daß nicht die Forderung akzessorisch ist zur Hypothek, sondern die Hypothek akzessorisch zur Forderung!)

[4]) Oben § 1, II.

die Verkehrshypothek jeweils vorangestellt werden soll, weil die endgültige Bedeutung des § 892 für Hypothekeneinträge erst aus § 1138 erhellt und damit das Wesen der Sicherungshypothek erst nach dem der Verkehrshypothek erkannt werden kann, mag hier, wo es sich um die von der Hypothek „losgelöste Forderung“ [5]), d. h. um die persönliche Forderung handelt, die Sicherungshypothek ruhig an die Spitze gstellt werden und zwar als irrelevant. Denn: wir haben gesehen, daß der gutgläubige Zessionar einer Sicherungshypothek gegen die Einwendungen und Einreden nach der obligatorischen Grundlage nicht einmal bei der Geltendmachung des dinglichen Anspruchs geschützt ist. Ein Schutz des rein persönlichen Anspruchs kann also auf keinen Fall in Frage kommen. Welche Bedeutung dieser an sich selbstverständlichen Überlegung m. E. für die juristische Konstruktion zukommt, wurde bereits oben (Anm. 15, S. 47) angedeutet und wird unten (§ 11, II, 4, c *a*) genauer hervorzuheben sein.

2. Einwendungen und Einreden des persönlichen Schuldners im besonderen. Einschlägige Konstruktionsfragen.

§ 11.

I.

Der Schuldner kann das Bestehen der Forderung bestreiten: sei es, daß er behauptet, die Forderung sei nicht zur Entstehung gelangt oder daß er behauptet, sie sei wieder erloschen; also: eine Einwendung gegen den objektiven Bestand der Forderung.

Beim dinglichen Anspruch, wo dieses Vorbringen sich nur als eine Einwendung gegen das Gläubigerrecht, gegen den subjektiven Bestand (der Hypothek) darstellte [6]), war der gutgläubige Erwerber nach §§ 1138, 892 geschützt. § 1138 gilt aber nur „für die Hypothek“ d. h. nur insoweit, als der Gläubiger dinglich klagt. Für die persönliche Schuldklage bewendet es mangels anderer Sondernormen [7]) bei den rein obligationenrechtlichen Grundsätzen, wonach nur im Rahmen des § 405 der gute Glaube berücksichtigt wird.

Erhält so der redliche Zessionar zwar das dingliche Recht, nicht aber die persönliche Forderung, so frägt es sich noch, wie dieser Vorgang rechtlich zu erklären und zu konstruieren ist.

Es ist schon gesagt worden [8]), daß in dem Streit um die richtige Erfassung des Verhältnisses von Hypothek zur Forderung gerade diese Selbständigkeit des dinglichen Rechts ein Hauptargument der Gegner der akzessorischen Natur der Hypothek bildet.

[5]) So R.G. Warn. 09, Nr. 24.
[6]) Oben § 6, II, 1; dort auch Beispiele.
[7]) § 1153 gilt nicht, siehe unten II, 4 c.
[8]) Oben § 1, I, 3 e.

Wenn dieser Streit auch heute noch nicht verstummt ist [9]), so muß doch davon abgesehen werden, in diesem Zusammenhang die Frage der „Angelehntheit" grundsätzlich zu erörtern. Denn: einmal wäre es nötig, sich erst über die Begriffe Klarheit zu verschaffen, um der Gefahr zu entgehen, das Problem von verschiedenen Grundlagen aus zu betrachten und dann könnte nur die Gesamtheit der Normen des Hypothekenrechts die Antwort geben. Beides würde aber weit über den Rahmen unseres Themas hinausgehen. Schließlich hat man auch gelegentlich wohl mit Recht gesagt: die ganze Streitfrage betreffe lediglich Konstruktionsfragen, deren Entscheidung das positive Recht unberührt läßt [10]); sie sei für die Rechtsanwendung bedeutungslos, denn das Gesetz gäbe nach einzelnen Richtungen besondere Bestimmungen und weitere Folgerungen seien daraus nicht zu ziehen [11]).

Nur soviel muß hier m. E. betont werden: Der Versuch Dernburgs [12]) in § 1138 um deswillen keine Ausnahme von der Akzessorietät der Hypothek zu sehen, weil er den Fortbestand der Forderung fingiere, ist nicht zu billigen. Durch eine Fiktion wird doch gerade etwas als wahr unterstellt, was der Wirklichkeit nicht entspricht, während die Frage nach der Akzessorietät gerade eine Frage des Seins ist.

Mit Recht sagt Hachenburg (Vortr. S. 557): „Das Gesetz mag sich der Fiktion zur Erleichterung der Fassung seiner Vorschriften bedienen. Für die wissenschaftliche Konstruktion ist die Fiktion unwertbar." Mit Recht Bernhöft (S. 381): „Die Ansicht, als ob das Fingierte eine Art juristischer Wahrheit sei, ist falsch."

Mit Ablehnung der Meinung Dernburgs bleibt uns noch eine Frage hier zu prüfen übrig:

Wird das selbständige dingliche Recht etwa zur Grundschuld [13]), so daß insoweit § 1138 nicht gegen die Akzessorietät der Hypothek spricht oder haben wir es mit einer „forderungslosen Hypothek" zu tun, so daß der Grundsatz der Angelehntheit wohl insoweit durchbrochen [14]) oder gar aufgehoben ist [15]).

[9]) Vergl. z. B. Wolff, § 132, I, 1, S. 467, besonders Anm. 3, als Hauptverfechter des Akzessorietätsgedankens und auf der anderen Seite Kober, § 1113, 1, 2.

[10]) So Boehmer, S. 207.

[11]) So R.G.R.K. § 1113, 5; vergl. auch Schwind, S. 110, ff. über den Gegensatz der beiden Lehrmeinungen, besonders S. 111: „Das Gesetz selbst ist ein Kompromiß der beiden sich gegenüberstehenden Ansichten der Kommissionsmitglieder, die zum Teile für die eine, zum Teile für die andere Auffassung Stellung genommen haben."

[12]) S. 737; so auch Kretzschmar, 8. Abschn. III, S. 436/437.

[13]) So Wolff. § 137, II, 3, S. 498; Boehmer, S. 206; Schreiber, I, 320; Siméon-David, Bd. I, 2, S. 170.

[14]) So die herrschende Meinung, z. B. Planck, § 1138, 4 a und Vorbemerkung zu § 1113, S. 753; Schwind, S. 107 ff, 124.

[15]) So besonders Hachenburg, Vortr. S. 532, ff., 551, ff; Kober, § 1113, I, 2.

Gegen die erstere hauptsächlich von Wolff vertretene Meinung wird vielfach angeführt, daß dann § 1138 überflüssig sei, denn dem Erwerber einer Hypothek sei ja durch § 892 das Bestehen des dinglichen Rechts garantiert[16]).

Diese Auffassung übersieht m. E. den Unterschied zwischen objektivem und subjektivem Bestand des Rechts, übersieht, daß ohne § 1138 auch bei der Ansicht Wolffs nirgends eine Legitimation für den gutgläubigen Erwerb dieser „Grundschuld" gegeben ist. Nur für die rechtliche Beurteilung und Konstruktion kommt es auf den Inhalt, das Tatsächliche an — deshalb nach Wolff Grundschuld. Für die Wirkung des guten Glaubens aber auf das äußere Bild, deshalb Hypothek, deshalb § 1138. Niemand kann m. E., wenn fälschlicherweise (weil eine Forderung nicht besteht), für den Zedenten eine Hypothek (noch) eingetragen ist, dieselbe ohne § 1138 gutgläubig erwerben, auch wenn das erworbene Recht sich dann inhaltlich als Grundschuld darstellen sollte. Etwas anderes ist es, wenn das dingliche Recht trotz Nichtexistenz der Forderung dem als Hypothekar eingetragenen Zedenten wirklich zusteht, weil er (der Zedent) „gutgläubiger Erwerber" war. In diesem Fall braucht aber der Zessionar überhaupt nicht gutgläubig zu sein; vielmehr gilt die allgemeine Regel: wer einmal gutgläubig erworben, ist damit auch in der Lage, zugunsten eines bösgläubigen Dritten wirksam zu verfügen[17]).

---

[16]) So Biermann, § 1138, 3.

[17]) In letzterer Hinsicht wohl and. Ans. Schreiber, I, S. 320, Anm. 1, wenn er — und zwar als Argument für die Richtigkeit der Wolffschen Auffassung — behauptet: „Wollte man wirklich Ernst damit machen, daß das Recht des Erwerbers Hypothek bleibe, so müßte auch der, der von ihm erwirbt, von neuem gutgläubig sein. Denn das fragliche Objekt würde ihm als „Hypothek" angeboten, und als solche müßte er sie erwerben wollen. Wenn also der gutgläubige Erwerber ein ehrlicher Mann ist, kann er seine Pseudohypothek weder abstoßen noch beleihen, ist demnach trotz seines guten Glaubens erheblich geschädigt."

Es ist jedoch nicht einzusehen, warum der Zessionar (Z) eines gutgläubigen Erwerbers der Hypothek (E) wiederum gutgläubig sein muß, wenn das Recht des E Hypothek geblieben ist und ihm, dem Z, als „Hypothek" weiterveräußert wird. Darin liegt doch gerade die absolute Wirkung des gutgläubigen Erwerbes, daß er nicht auf die Person des Erwerbers beschränkt ist. Auf eine Formel gebracht: wer gutgläubig erwirbt, kann eine bessere Rechtsposition erlangen als sein Zedent hatte, niemals kann aber ein nicht gutgläubiger Erwerber (eines objektiv und subjektiv veräußerlichen Rechts) eine schlechtere Rechtsposition erlangen, niemals der Eigentümer dadurch einen Vorteil erhalten, daß ihm nicht mehr der alte (gutgläubige) Erwerber, sondern dessen Zessionar gegenübersteht.

Damit erledigt sich auch, was Schreiber a. a. O., „ferner" den Argumenten Wolffs hinzufügt, daß nämlich die Annahme einer forderungslosen Hypothek zu einer abzulehnenden „Dauerfiktion" führen würde. Ebensogut könnte man m. E. auch bei dem durch den § 892 gewährleisteten objektiven Bestand der Hypothek von einer „Dauerfiktion" sprechen, denn letzten Endes — wenn auch nicht so augenscheinlich — gründet sich auch das

Aus einem anderen Grunde wird man aber der Meinung Wolffs nicht folgen können. Erinnern wir uns an die oben (§ 2, III, 3) besprochenen „Irrtumsfälle". Das Beispiel 2 lautete: „Forderung und Stundung (auf 5 Jahre) bestanden, wie im Grundbuch eingetragen. Infolge späterer rechtsgültiger Anfechtung wird aber die Forderung nichtig; das Grundbuch ist noch nicht berichtigt, auch ist kein Widerspruch gebucht. X erwirbt die Hypothek im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs." Als Ergebnis stellten wir fest: der Grundstückseigentümer kann gegenüber X zwar nicht die Existenz der Forderung (Gläubigerrecht der Hypothek) bestreiten, wohl aber die dilatorische Einrede der Stundung geltend machen.

Ist eine Grundstücksbelastung, gegen die die Einrede der Stundung (und zwar nach § 1137, nicht nach § 1157) möglich ist, inhaltlich eine Grundschuld? Nein! „Die Hypothek ist solchenfalls nicht als Grundschuld, sondern als Hypothek mit einer nur relativ wirksamen Forderung anzusehen. Gegen eine derartige Hypothek bleiben im übrigen alle Einwendungen und Einreden, soweit sie nicht durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gedeckt werden, bestehen"[18]).

Ob nun die Annahme einer „forderungslosen Hypothek" nur eine Ausnahme von der Akzessorietät der Verkehrshypothek bildet, oder ein Beweis für die Nichtakzessorietät soll hier, wie gesagt, nicht näher dargetan werden.

Auf das Verhältnis von § 1138 zu § 1153 wird im folgenden näher einzugehen sein.

II.

Ferner kann der Schuldner einwenden: es bestehe zwar eine Forderung, doch sei der Zedent nicht Gläubiger gewesen, sondern ein Dritter. Also: Einwendung gegen den subjektiven Bestand der Forderung, gegen das Gläubigerrecht des Klägers, Bestreiten der Aktivlegitimation.

Beim dinglichen Anspruch, wo dieses Vorbringen sich ebenfalls als eine Einwendung gegen den subjektiven Bestand (der Hypothek) darstellte[19]), war der gutgläubige Erwerber nach §§ 1138, 892 geschützt. Nach der durch den Wortlaut dieser Vorschriften außer Zweifel gestellten Auffassung erstrecken sich, wie schon unter I dargelegt, diese Publizitätswirkungen des Grundbuchs aber nicht auf die persönliche Forderung. Trotzdem kann hier nicht ohne weiteres auf das unter I Gesagte verwiesen werden. Daß für den persönlichen Anspruch die rein schuldrechtlichen Grundsätze an-

Recht des späteren Erwerbers einer solchen Hypothek auf eine Fiktion, denn auch hier ist — wenn auch nur formell — dem Satze Rechnung zu tragen: nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet.

[18]) Neumann, § 1138, II, 2, b. Das dort angeführte Beispiel ist oben § 2, III, 3 als Beispiel 3 zitiert.

[19]) Oben § 6, II, 3.

wendbar sein müssen, weil § 1138 nicht gilt, ist kein zwingender Schluß. Er hat sich zwar bei der Nichtexistenz der Forderung (I) mangels anderer Sondernormen, als juristisch einwandfrei und wohl auch als rechtspolitisch gerechtfertigt erwiesen. Sobald aber Hypothek und Forderung bestanden, jedoch einem anderen als dem Zedenten zustanden — um diesen Tatbestand handelt es sich ja hier — widerspricht er nicht nur in seinen Folgeerscheinungen der praktischen Billigkeit, auch (formal-)juristisch ist er nicht notwendig.

1. Der m. E. viel zu wenig berücksichtigte Unterschied zwischen der objektiven und subjektiven Existenz eines Rechts macht sich auch hier geltend. Nur so ist es wohl erklärlich, daß man diese Fälle — gleichgültig mit welcher Stellungnahme — im größten Teil der Literatur überhaupt nicht erwähnt findet[20]). Wohl ist die Inanspruchnahme des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs praktisch selten, denn durch Formvorschriften der R.G.B.O. und die höchst mögliche Sicherheit erstrebende Übung des Verkehrs ist für einen geordneten Ablauf der Geschäfte gesorgt. Innerhalb der Fälle eines gutgläubigen Erwerbs sind jedoch die hierher gehörenden Vorgänge keineswegs allzu vereinzelt und nicht etwa nur für die theoretische Untersuchung des Wesens der Hypothek von Interesse. Zur Veranschaulichung — besonders auch der späteren juristischen Konstruktion — mögen einige Beispiele dienen:

a) Die Legitimation des eingetragenen oder nach § 1155 ausgewiesenen Zedenten (B) beruht auf einer von vorneherein nichtigen Zession, z. B. der eines Geschäftsunfähigen (A) oder auf einer solchen, die zufolge Anfechtung (wegen Irrtums, Betrugs, Drohung) nichtig geworden ist. Von B erwirbt der gutgläubige Kläger (C)[21]

b) Dem B wird die Hypothek in öffentlich beglaubigter Form von einem nach § 1155 legitimierten und auch materiell berechtigten Gläubiger (A) abgetreten, dem dafür B ein Darlehen verspricht. Der Brief soll dem B in den nächsten Tagen bei Gewährung des Darlehens übergeben werden. B verschafft sich aber noch am gleichen Tag durch Diebstahl den Brief und tritt die Hypothek alsdann an C ab, dem er auch den Brief übergibt.

c) Zum Nachlaß gehört eine Hypothek. B ist alleiniger Testamentserbe und wird auf Grund des öffentlichen Testaments ohne Erbschein im Grundbuch als Hypothekengläubiger eingetragen.

---

[20]) Besonders Planck, § 1138 4 a scheint diesen Unterschied nicht zu berücksichtigen, wenn er ausführt: „Demnach gilt insbesondere auch zugunsten eines redlichen Erwerbers eine bereits getilgte oder sonst erloschene Forderung als fortbestehend; in diesem Falle besteht die Hypothek trotz ihrer akzessorischen Natur ohne die persönliche Forderung (and. Mein. Oertelt, Recht, 1914, 294)." Oertelt ist keineswegs and. Mein., wenn die Forderung „bereits getilgt oder sonst erloschen" ist, sondern nur, wenn sie bestand, aber nicht dem Zedenten zustand. Näheres über die Auffassung Oertelts unten 3, 4.

[21]) Vergl. auch Wolff, § 137, 8; Boehmer, S. 216.

Von B erwirbt C. Nachträglich stellt sich die Ungültigkeit des Testaments heraus, wahrer Erbe ist der gesetzliche Erbe A.[22]).

d) Ein nach § 1150 Ablösungsberechtigter oder ein Bürge (A) befriedigt den wirklichen Gläubiger B. Bevor noch der Rechtsübergang eingetragen (der Hypothekenbrief ausgehändigt) wird, überträgt B die Hypothek kraft seiner noch bestehenden Legitimation an C[23]).

2. Von anderen Schriftstellern wird zwar die Möglichkeit, daß Hypothek und Forderung bestanden, aber nicht dem Zedenten zustanden, ausdrücklich erwähnt, wegen § 1138 aber ebenso wie beim Nichtbestehen der Forderung entschieden[24]). Denn — so sagt man[25]) — „wenn man anerkennt, daß die Publizitätswirkungen des Grundbuchs sich auf die persönliche Forderung als solche nicht erstrecken, so muß man mit unerbittlicher Logik an diesem Grundsatz auch dann festhalten, wenn sowohl Hypothek wie Forderung einem anderen als dem im Grundbuch verzeichneten Gläubiger zustehen, und nunmehr eine Verfügung des eingetragenen Scheingläubigers eine Trennung des rechtlichen Schicksals von Hypothek und Forderung herbeiführt, die in ihren Folgeerscheinungen der praktischen Billigkeit widerspricht."

3. Einzig Oertelt (a. a. O.) ist der Auffassung, daß der bisherige Gläubiger durch den gutgläubigen Erwerb nicht nur dinglich entrechtet wird, sondern auch seine persönliche Forderung verliert; daß die persönliche Forderung in sinngemäßer Anwendung des § 1153 Abs. 2 auf einen redlichen Zessionar übergeht. Seiner Ansicht haben sich ohne eigene Begründung angeschlossen: Wolff (§ 137, Anm. 8), Soergel (§ 1138, 3); vergl. auch Loewenwarter zu § 1153.

4. Im Ergebnis dürfte Oertelt beizupflichten sein, wenn man auch nicht mit seiner Beweisführung in allen Punkten einiggehen kann. Gründe:

Unbestrittenermaßen führt die herrschende Meinung (Ziff. 2) zu einem höchst unbilligen Resultat, denn für den Eigentümer E besteht durch Zerreißung von Hypothek und Forderung die Gefahr doppelter Zahlungslast, ohne daß ihn das geringste „Verschulden" trifft. Bei Identität mit dem persönlichen Schuldner (S) muß E sowohl an A bezahlen, wie auch, um der Zwangsversteigerung seines Grundstücks zu entgehen, an C. Sind E und S verschiedene

[22]) Dieses Beispiel wurde Boehmer, S. 216, entnommen.

[23]) Vergl. oben § 6, II, 3. Der dort auch mit aufgeführte Fall, daß der nicht persönlich haftende Eigentümer den Gläubiger befriedigt ... ist hier nur deshalb nicht erwähnt, weil ein solches Zusammenfallen von Rechtsbeziehungen (der verletzte wirklich Berechtigte wäre so identisch mit dem Grundeigentümer) für unsere Betrachtung völlig ungeeignet ist.

[24]) Boehmer, S. 219, 232; Gierke, II, 3, 2, S. 881, 882. Hachenburg, Vortr. S. 560; Kober, § 1138, I a; Schmid, S. 34; Sternberg, S. 407.

[25]) Boehmer a. a. O.

Personen, so verliert E je nach dem Innenverhältnis (E — S) und der erfolgten Befriedigung der Gläubiger (A bzw. C), entweder seinen Ersatzanspruch gegen S oder er ist dessen Ersatzanspruch plus der Inanspruchnahme durch C ausgesetzt. Diese Verdoppelung der Last läßt sich, wie Oertelt mit Recht hervorhebt, nicht einmal mit dem Grundgedanken des gutgläubigen Erwerbs rechtfertigen, denn dieser kehrt seine Spitze nur dem Berechtigten zu, nicht aber dem Schuldner des Rechts.

Boehmer [26]) versucht diese unerträgliche Konsequenz aus der Zweiteilung unter großem Aufwand von Scharfsinn durch eine ausdehnende Anwendung des § 409 zu mildern. Diese, wie er selbst (Seite 233) sagt, „immerhin nicht völlig zweifelsfreie Auslegung" kann aber m. E. nur ein letztes Refugium bilden. Erscheint es schon mehr wie fraglich, ob man es für zulässig erachten kann, „in der amtlichen Bekanntgabe der Eintragung einen Ersatz für die private Zessionsanzeige des Zedenten zu finden" (S. 227), § 409, wonach die Mitteilung vom „Gläubiger", d. h. vom wahren Gläubiger [27]) ausgeht und ausgehen muß, weil diese Bestimmung nur ein Sonderfall der Einwilligung eines Berechtigten, ein Anwendungsfall des Prinzips des § 185 ist [28]), auch dann anzuwenden, wenn jene Voraussetzungen durch einen Pseudogläubiger erfüllt werden, kann auch nicht „in dem Bedürfnis nach einem praktisch befriedigenden Resultat" (a. a. O. S. 231) sein Stütze finden.

Abzulehnen ist ferner die Ansicht Hachenburgs, die sich ohne juristische Begründung damit begnügt festzustellen [29]), „daß der Eigentümer an den gutgläubigen Erwerber die Schuld berichtigen muß und nicht gehalten werden kann, sie zweimal zu begleichen."

Auch die von Schmid (a. a. O.) zitierten §§ 61, 1143, 1163, Abs. 1, Satz 2, 1164, Abs. 1 und allgemeinen Rechtssätze sind nur Beweismaterial für die Unhaltbarkeit einer konsequenten Durchführung der herrschenden Meinung; der Schluß auf die Einrede, die der Geltendmachung der persönlichen Forderung (durch A) nun entgegenstehen soll, entbehrt als reiner Billigkeitsschluß der gesetzlichen Grundlage.

Eine derartige Einrede kann auch nicht damit begründet werden, daß man, wie es Gierke [30]) tut, sagt: „Das persönliche Forderungsrecht geht dem wahren Gläubiger nicht verloren. Doch kann der persönliche Schuldner der Geltendmachung eine Einrede aus der dinglichen Bindung der Forderung, die ja ‚in Ansehung der Hypothek' übergegangen ist, entgegensetzen." Diese scheinbar juri-

[26]) S. 226 ff.; auf ihn verweisen auch Kober, § 1138, I a und Biermann, § 1138, 3.

[27]) Vergl. (Staudinger)-Werner, § 409, 2 c.

[28]) Vergl. Wolff, § 137, Anm. 6.

[29]) Vortr. S. 561.

[30]) II, 3, 2, § 160, IV, 3, S. 882. Besonders Anmerkung 18.

stische Beweisführung ist letzten Endes auch nichts anderes als ein bloßer Billigkeitsschluß, ein metajuristischer Kompromiß. Hält man es für richtig, daß Hypothek und Forderung in verschiedenen Händen sich befinden können, so ist damit das Band zwischen dinglichem und obligatorischem Recht zerrissen und die bisherige „dingliche Bindung der Forderung" kann nunmehr keine Wirkungen mehr auslösen.

Die Annahme einer „Einrede" würde außerdem, nicht einmal vom reinen Standpunkt der Billigkeit aus betrachtet, restlos befriedigen. Im praktischen Ergebnis würde eine solche Einrede meist zu einer unverdienten Befreiung des persönlichen Schuldners von seiner Verpflichtung, zum mindesten zu einer ungerechtfertigten Stundung führen. Nur „wenn die Hypothek ohne Konsumption der Forderung erlischt (z. B. durch Eintritt einer auflösenden Bedingung oder Ausfall bei der Zwangsversteigerung)", stünde „der Geltendmachung des zurückgebliebenen Forderungsrechts nichts entgegen" [31]).

Dagegen führt der von Oertelt vertretene Übergang auch der persönlichen Forderung auf den gutgläubigen Erwerber nicht nur zu einem befriedigenden Ergebnis; es läßt sich auch dafür m. E. eine einwandfreie juristische Begründung finden.

Zwar ist es nicht so, wie Oertelt meint: „daß die Entrechtung des bisherigen Berechtigten auch hinsichtlich der Forderung auf jeden Fall eintritt" und der Übergang (der Forderung) auf den gutgläubigen Erwerber „nur als sinngemäße, nicht notwendige Ergänzung dieser Erscheinung" zu gelten habe. Nicht: weil die Entrechtung sowieso eintritt, geht die Forderung „in sinngemäßer Anwendung des § 1153 Abs. 2" auf den Erwerber über; sondern: weil die Forderung nach § 1153 Abs. 2 übergehen muß, tritt die Entrechtung ein.

Es soll nichts dagegen gesagt werden, daß in einem solchen Fall wie hier, zunächst vom Interessenstandpunkt aus, das Ergebnis „gesucht wird", daß Billigkeitserwägungen Wegweiser sind für die juristische Begründung. Doch darf man nicht in den Fehler verfallen, lediglich im „Interessenbereich" gewonnene Ergebnisse ohne weiteres in das formaljuristische Gebiet hereinzuschmuggeln und darauf aufzubauen.

Erst von dem Satz ab, „schwieriger ist die juristische Begründung", wendet sich Oertelt der rechtlichen Konstruktion zu. Jetzt begründet er aber nur die sinngemäße Ergänzung der oben erörterten Erscheinung, daß die persönliche Forderung beim Wechsel der dinglichen Gläubigerschaft nicht in den Händen des alten Gläubigers verbleiben kann.

[31]) Gierke a. a. O. Vergl. auch Oertel a. a. O., wo der im praktischen Ergebnis manchmal ähnliche Fall, daß die persönliche Forderung untergehen würde, besprochen wird.

Die Notwendigkeit des Verlustes der persönlichen Forderung für den bisherigen Gläubiger beweist er also im ersten Teil, also mit Billigkeitsgründen; die sinngemäße Ergänzung dieser Erscheinung (den Übergang auf den gutgläubigen Erwerber) durch § 1153, also mit gesetzlicher Unterlage.

Bildet so § 1153 Abs. 2 den Ausgangs- und Endpunkt unserer Lösung und gehen wir also den unbilligen Ergebnissen der herrschenden Lehre einfach damit aus dem Wege, daß wir von einer anderen Prämisse ausgehen, d. h. auch auf den hier zu erörternden Fall die Vorschrift des § 1153 Abs. 2 für anwendbar erklären, so muß das wohl seinen Grund haben in einer anderen Auffassung über jenen Grundsatz der Untrennbarkeit von Hypothek und Forderung im allgemeinen und besonders über das Verhältnis von § 1153 zu § 1138:

a) Vor allem ist es m. E. nötig, peinlich zu scheiden zwischen der Frage nach der Akzessorietät der Hypothek und der Frage, inwiefern die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden kann. Mit Recht wird freilich § 1153 von allen Verteidigern der akzessorischen Natur der Hypothek für ihre Lehre herangezogen. Doch folgt deshalb umgekehrt aus dem ausschließlich die „Übertragung" behandelnden § 1153 allein noch nicht, daß die Hypothek akzessorisch sei; vielmehr kann, wie schon gelegentlich betont wurde, nur die Gesamtheit der Normen des Hypothekenrechts hierauf die Antwort geben [32]). Und schließlich: Für den Interpreten sind im Gegensatz zum Gesetzgeber, der meist von einem Grundsatz ausgeht, die in den Paragraphen zum Ausdruck kommenden Einzelregeln das Primäre und der Grundsatz nur das mögliche Ergebnis.

Diese Unterscheidung ist nicht etwa eine bloße theoretische Spielerei. Ist es, wie hier, geboten, die Bedeutung des § 1153 im allgemeinen und besonders im Verhältnis zu § 1138 zu untersuchen, so kann die gleichzeitige Erörterung des Grundsatzes der Akzessorietät die Sachlage nur verschleiern. Und umgekehrt: gelingt es, unsere Ansicht unabhängig von einer Stellungnahme zu jener alten Streitfrage zu begründen, so ist damit der Vorzug einer breiteren und zugleich bescheideneren Grundlage gewonnen. Breiter: weil Gegner und Anhänger der Akzessorietät der Ansicht folgen können. Bescheidener: weil diese Schrift sich nicht anmaßt eine „alte Streitfrage" gelöst zu haben.

b) Hat man aber in § 1153 nicht die legale Festlegung des Akzessorietätsgedankens zu sehen, und müssen daher etwaige Ausnahmen von der Akzessorietät nicht zugleich auch Ausnahmen von der Vorschrift des § 1153 sein, so bedarf es nicht erst einer Einschränkung [33]), um zu sagen, daß jene Regel nur solange gilt, als Hypo-

[32]) Vergl. z. B. Willms, wo das Verhältnis von Hypothek zur Forderung nach vier Richtungen hin geprüft wird.

[33]) a. A. Kober, § 1153, III, 2.

thek und Forderung zusammen bestehen; solange, als das dingliche Recht zur Sicherung eben dieser persönlichen Forderung dient. Der Grundsatz der Akzessorietät mag wohl verlangen, daß das einmal geknüpfte Band zwischen dinglichem Recht und Forderung schlechthin unlösbar ist; § 1153 dagegen verbietet nicht die Trennung von Hypothek und Forderung schlechthin, sondern nur als Folge einer Übertragung und setzt so das Bestehen der beiden Rechte voraus.

Nur insoweit gilt es, seinen Wortlaut — sinngemäß — einzuschränken [34]), als man weiter sagen muß: unzulässig ist nur, daß durch eine Übertragung die beiden bestehenden Rechte in verschiedene Hände gelangen und sich so eine Vervielfältigung, eine Doppelgläubigerschaft, ergibt. Wo dagegen die Gefahr einer Rechtsverdopplung nicht vorliegt, weil entweder das dingliche Recht erlischt (§ 1159 mit § 1178) oder zur Eigentümergrundschuld wird (§§ 1168, 1190 Abs. 4, letzten Endes aber auch § 1180, da diese Vorschrift, aus einer praktischen Erwägung heraus, den Umweg über § 1168 nur ersparen will, vergl. P. III, 726; Willms, S. 36 ff. und die dort angegebene Literatur) oder die persönliche Forderung erlischt (§§ 1164, 1173 Abs. 2, 1174, 1182) [35]), steht nichts entgegen den Zusammenhang von Hypothek und Forderung unter Abspaltung entweder der Hypothek oder der Forderung auch durch einen Übertragungsakt zu trennen [36]).

c) Der Versuch, die allgemeine Bedeutung des § 1153 kurz zu umreißen, hat uns gezeigt, daß die oft als „tiefschneidende Ausnahmen“ [37]) von jener Bestimmung angeführten §§ 1159, 1164, 1168, 1173, Abs. 2, 1174, 1180, 1182, 1190 Abs. 4 eigentlich keine wirklichen Ausnahmen sind, denn sämtliche Vorschriften ließen sich mit § 1153 vereinen, sobald man seinen Wortlaut einheitlich auf das Verbot der Rechtsverdopplung einschränkte. Jedenfalls berechtigen sie nicht zu der Schlußfolgerung, daß nun § 1153 quasi in dubio als „durchbrochen“ angesehen werden kann.

Was ist es aber anderes, wenn Boehmer (Seite 219) die hier bekämpfte Lehre von der Unanwendbarkeit des § 1153 Abs. 2 auf den

---

[34]) Sinngemäß: denn ohne die Akzessorietät bleibt nur ein wirtschaftspolitischer Sinn und der hat nur jene einschränkende Bedeutung. Vergl. auch Buhrke, S. 14 ff., der allerdings nicht, wie hier, unter Trennung von der Frage der Akzessorietät, sondern im Zusammenhang mit dieser Streitfrage unter Ablehnung der akzessorischen Rechtfertigung den wirtschaftspolitischen Standpunkt vorkehrt.

Einzuschränken: denn „die übliche Fassung der Regel, daß § 1153 nur solange gilt, als Hypothek und Forderung zusammen bestehen, ist zu eng“ (Endemann, § 121, Anm. 8, S. 774).

[35]) In diesen Fällen ist überdies zu beachten, daß hier die Übertragung der Hypothek selbst nur die Folge eines anderen Tatbestandes ist, nämlich der Befriedigung des Gläubigers.

[36]) Im Ergebnis ebenso Predari Einleitung § 9, I, 2, S. 122 und Anm. 1 zu § 58, S. 705.

[37]) So Kober, § 1153, III, 2.

Fall, daß Hypothek und Forderung bestanden, aber zugunsten eines anderen als des Zedenten, im wesentlichen folgendermaßen begründet[38]): „aber § 1153 kann naturgemäß nur insoweit Geltung beanspruchen, als das Gesetz ihn nicht selbst durch seine Bestimmungen durchbricht. Dies geschieht in der Tat an mehreren Orten. Gleich wie die §§ 1180, 1190, 1164, 1173, Abs. 2, 1174, 1182 Beispiele sind für eine Trennung von Hypothek und Forderung, macht auch die Vorschrift des § 1138 eine solche Trennung unvermeidlich. Die Beschränkung der Publizitätswirkungen auf das dingliche Recht muß auch für den Fall gelten, daß Hypothek und Forderung zwar bestehen, aber zugunsten eines anderen als des Eingetragenen." Vielmehr verlangt m. E. das Verhältnis von § 1138 zu § 1153 eine gesonderte Prüfung, womit zugleich die hier vertretene Ansicht des Übergangs auch der persönlichen Forderung in jenen Fällen ihre Begründung findet.

Soweit dem dinglich klagenden gutgläubigen Erwerber gegenüber die tatsächlich nicht bestehende Forderung gemäß § 1138 als bestehend gilt, kann m. E. in dem Fehlen einer persönlichen Forderung keine Ausnahme von § 1153 gesehen werden. Auch wenn man der oben erörterten Auslegung dieser Vorschrift nicht folgt — darnach würde es ja von vornherein an der Doppelgläubigerschaft fehlen —, kann man wohl § 1153 nur entweder formell oder materiell auffassen und darum nur entweder formell mit Planck[39]) sagen: „Keine Ausnahme ergibt sich aus § 1138, da die Forderung für die Hypothek als fortbestehend gilt und insoweit mitübergeht", oder materiell (inhaltlich) die Übertragung einer Hypothek und damit den Tatbestand des § 1153 überhaupt leugnen, da ja inhaltlich nur eine Eigentümergrundschuld bestand und daher auch nur diese Grundschuld übertragen werden konnte.

Die letztere in dieser Form noch nicht vertretene Meinung scheint mir deshalb richtig zu sein, weil auch hier wieder die Entscheidung unabhängig ist von der Stellungnahme zur Frage der Akzessorietät, denn es ist m. E. nicht notwendig, daß der Zessionar nun auch eine Grundschuld „erworben" hat[40]). Auch wenn man in § 1138 eine Ausnahme von der Akzessorietät sieht, weil man glaubt, hier eine „forderungslose Hypothek" annehmen zu müssen[41]), so

---

[38]) Die Wiedergabe ist nicht genau wörtlich, um die hier allein interessierende Beweisführung besser zu veranschaulichen.

[39]) § 1153, 4 b.

[40]) Wohl anders Wolff, § 137, II, 3, bei der Kontroverse, ob im Fall des § 1138 Grundschuld oder forderungslose Hypothek anzunehmen ist. Dagegen läßt Endemann (§ 117, Anm. 11, S. 773) den Unterschied zwischen der vor und der nach der Abtretung bestehenden Grundstückbelastung deutlich erkennen, wenn er sagt: „Allerdings war dann eine Eigentümergrundschuld entstanden, aber in der Hand des redlichen Dritten ist die Belastung wieder zu einer dinglich vollwirksamen Gläubigerhypothek erstarkt."

[41]) So auch oben I.

folgt daraus noch nicht, daß der Gegenstand der Übertragung nicht inhaltlich eine Grundschuld gewesen sein kann, denn nach richtiger Ansicht handelt es sich beim gutgläubigen Erwerb um einen originären Erwerb[42])!

Ganz anders aber liegen die Verhältnisse sobald Hypothek und Forderung bestanden, aber nicht dem Zedenten zustanden. Will man hier in „unerbittlicher Logik“[43]) an der in § 1138 zum Ausdruck kommenden Beschränkung der Publizitätswirkungen auf das dingliche Recht festhalten, so führt das zu den oben geschilderten höchst unbilligen Resultaten und damit zu einer wirklichen, wohl durch keine Konstruktion oder restriktive Interpretation zu beseitigenden Ausnahme von § 1153 Abs. 2, 2. Halbsatz. Der Unterschied gegenüber den bisherigen „Ausnahmen“ ist unverkennbar! Wenn er in der Literatur nicht hervorgehoben wird, so hängt das eben damit zusammen, daß man sich meist begnügt festzustellen, daß § 1153 durch „tiefschneidende Ausnahmen“ durchbrochen sei und darum keine Bedenken trägt, weitere Ausnahmen anzureihen[44]).

Freilich scheint die Anwendung des § 1153 Abs. 2, also der Übergang auch der persönlichen Forderung mit dem Wortlaut des § 1138 unvereinbar zu sein und man wird versucht sein, der hier vertretenen Ansicht entgegenzuhalten, daß § 1138 gegenüber § 1153 doch die speziellere Bestimmung sei, also lex specialis derogat legi generali und daß ferner „ein gutgläubiger Erwerb einer persönlichen Forderung“ ein Bruch in die Grundsätze des Obligationenrechts sei, den § 1138 durch seine Beschränkung auf das dingliche Recht ja gerade vermeiden wolle.

Demgegenüber ist zu sagen:

a) § 1138 verbietet nicht den Übergang der persönlichen Forderung, sondern gebietet den Übergang des dinglichen Rechts. Das Schicksal der persönlichen Forderung wird also von § 1138 auch im negativen Sinn nicht beeinflußt. Daß für den persönlichen Anspruch die rein schuldrechtlichen Grundsätze anwendbar sein müssen, weil § 1138 nicht gilt, ist deshalb kein zwingender Schluß, weil ja auch die Möglichkeit besteht, daß in anderen Paragraphen Sonderbestimmungen getroffen sind. Das letztere ist auch tatsäch-

---

[42]) Über die von den M. zum Entw. I, S. 272 der Rechtswissenschaft zur Beantwortung überlassene Frage, ob der Erwerb vom Nichtberechtigten „als abgeleiteter oder als selbständiger Erwerb zu betrachten sei“, vergl. u. a. Gieseke, S. 7 ff. und die dort angegebene Literatur, ferner Wolff, § 45, Anm. 29; Bernhöft, S. 382: „Aber durch Fiktion entstehen Rechte“. Auch Röder: „Liegt bei dem Erwerb einer von einem bloßen Bucheigentümer bestellten Hypothek Rechtsnachfolge vor“ (Diss. 1914).

[43]) Boehmer, S. 232.

[44]) Übrigens wird ja im größten Teil der Literatur der Tatbestand überhaupt übersehen; vergl. oben 1.

lich der Fall, denn § 1153 handelt auch von der persönlichen Forderung. Es ist jedoch zu zeigen versucht worden, daß im Falle der Nichtexistenz der Forderung § 1153 nicht gilt; sei es von vornherein oder im Wege der Einschränkung. Hier bleibt es daher bei den rein schuldrechtlichen Grundsätzen und der übliche e contrario Schluß aus § 1138 ist mangels anderer Sondernormen nicht zu beanstanden. Besteht jedoch Hypothek und Forderung, so kann § 1153 nicht ausgeschlossen werden und seinem Verbot der Rechtsverdopplung ist Rechnung zu tragen, wenn damit auch im praktischen Ergebnis die Beschränkung des § 1138 einmal illusorisch wird.

Wenn so in den Fällen, wo Grundstücksbelastung und Forderung gültig und nicht getrennt als Hypothek bestanden, aber nicht dem Zedenten zustanden, die im § 1138 ausgedrückte Beschränkung des gutgläubigen Erwerbes auf das dingliche Recht durch § 1153 wieder aufgehoben wird, so frägt es sich, ob dann § 1138 auf jene Tatbestände überhaupt noch anzuwenden ist, ob es dann — konkret gesprochen — nicht genügt, die §§ 892, 1153 allein zu zitieren, während § 1138 nur noch gilt, wenn die Forderung überhaupt nicht besteht. Auf diesem Standpunkt scheint, wie bereits hervorgehoben[45]), Wolff zu stehen. Es ist nicht zu leugnen, daß diese Konstruktion etwas außerordentlich Bestechendes hat und scheinbar die Logik für sich in Anspruch nehmen darf. Bei genauerer Prüfung zeigt sich jedoch ihre Unhaltbarkeit. Wollte man in diesen Fällen § 1138 überhaupt nicht anwenden, sondern allein mit §§ 892, 1153 operieren, so wäre — das übersieht Wolff — „ein gutgläubiger Erwerb der persönlichen Forderung" auch bei einer Sicherungshypothek, für die ja die §§ 892, 1153 ebenfalls gelten, denkbar[46]). Gewiß ein paradoxes Ergebnis! Der Fehler liegt darin, daß der Erwerb der persönlichen Forderung gemäß § 1153 Abs. 2, 2. Halbsatz den Erwerb des dinglichen Rechts voraussetzen muß, also nur sekundär, wenn § 1138 anwendbar ist, überhaupt in Frage kommen kann[47])! Man kann das wohl auch so ausdrücken: Tatbestand (und Thema) ist und bleibt der gutgläubige Erwerb der Hypothek (§§ 892, 1138): der Übergang auch der persönlichen Forderung auf den gutgläubigen Zessionar ist nur seine, gemäß § 1153, notwendige Folge.

---

[45]) Oben § 6, Anm. 15, S. 47.

[46]) Vergl. auch oben § 10, a. E.

[47]) Damit stimmt auch der oben § 6, II, 1 a. E. gefundene Satz überein, nach welchem § 892 für Hypothekeneinträge nur bedeutet: „Zugunsten desjenigen, der eine Hypothek erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs in Ansehung des Eintrags als richtig, wenn die eingetragene Forderung besteht und zwar so besteht, wie eingetragen, d. h. nicht nur objektiv, sondern auch, was das Gläubigerrecht anlangt." Nicht nur den objektiven, sondern auch den subjektiven Bestand der Forderung muß § 1138 gewährleisten!

Mit dieser Erkenntnis ist m. E. auch zugleich

β) dem Einwand begegnet, „daß ein gutgläubiger Erwerb der Forderung ein Bruch in die Grundsätze des Obligationenrechts sei, den § 1138 durch seine Beschränkung auf das dingliche Recht ja gerade vermeiden wolle".

Erinnern wir uns an das einleitend (§ 1, I, 3 c *α*) erwähnte Beispiel, wonach sich jemand ausnahmsweise auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zugunsten eines kraft Gesetzes gemachten Erwerbs berufen kann, nämlich: ein Grundeigentümer (oder ein Ablösungsberechtigter nach § 1150), der im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs an den vermeintlichen Gläubiger einer Buchhypothek nach Fälligkeit der Forderung mit befreiender Kraft das Kapital zahlen kann, erwirbt — wie wohl allgemein anerkannt ist[48]) — nach § 1163, Abs. 1, Satz 2 bzw. nach § 1143 Abs. 1 auch die Hypothek; im tatsächlichen Ergebnis also ein gutgläubiger Erwerb der Hypothek kraft Gesetzes, obwohl § 892 nur den rechtsgeschäftlichen Erwerber schützt.

Diese scheinbare Antinomie löst sich sofort, wenn man sagt, daß dieser Fall nicht unter den juristischen Begriff des gutgläubigen Erwerbs der Hypothek gehört, sondern nur die notwendige Folge davon ist, daß zugunsten des Leistenden der Inhalt des Grundbuchs als richtig gilt, nur die Wirkung einer auch dem wahren Gläubiger gegenüber rechtsbeständigen Befriedigung (§§ 892, 893). Das gleiche muß aber auch für das Verhältnis von § 1153 zu § 1138 gelten. Auch hier ist, falls Hypothek und Forderung bestehen, der gutgläubige Erwerb auch der persönlichen Forderung nur eine notwendige Folge und insofern nicht in Widerspruch mit dem allgemeinen Grundsatz der Beschränkung der Publizitätswirkungen auf das dingliche Recht.

Auch ist weiter zu beachten, daß ein gutgläubiger Erwerb der persönlichen Forderung unserem Gesetz keineswegs sonst fremd ist. Unbestrittenermaßen sichert § 2366 dem gutgläubigen Zessionar neben dem hypothekarischen Anspruch auch den obligatorischen Anspruch gegen den persönlichen Schuldner[49]).

Schließlich sei auch noch auf § 405 verwiesen, zum Beweis dafür, daß selbst in den „Schuldverhältnissen" der gutgläubige Erwerb nicht völlig ausgeschlossen ist.

---

[48]) Vergl. Rosenberg, Sachenrecht § 892, II, 3 b *β*, S. 416 und die dort angegebene Literatur, insbes. Ramdohr, S. 359, Biermann, 6 a zu §§ 892, 893; Fuchs, § 1143, 3 e, ferner Sternberg S. 398—399.

[49]) Vergl. Strohal, Erbrecht, Bd. II, S. 154 ff., besonders S. 157, worauf Boehmer, Anm. 11 aufmerksam macht. Freilich wird dort — gerade im Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht — die Wirkung des gutgläubigen Erwerbs auf die Forderung nach § 2366 als ein Unterschied gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs aufgefaßt.

Aus all dem ist zu folgern, daß in den Fällen, wo Hypothek und Forderung bestanden, aber nicht dem Zedenten zustanden, der Übergang auch der persönlichen Forderung sowohl vom juristischen wie vom rechtspolitischen Standpunkt aus gerechtfertigt ist, m. a. W. daß dem gutgläubigen Erwerber auch bei Geltendmachung des obligatorischen Anspruchs eine Einwendung gegen den subjektiven Bestand der Forderung nicht entgegengesetzt werden kann.

III.

Endlich kann der Schuldner, ohne den objektiven oder subjektiven Bestand der Forderung zu bestreiten, E i n r e d e n geltend machen. Gegen dieses Vorbringen ist der gutgläubige Erwerber — anders als beim dinglichen Anspruch — nicht geschützt. Das mag dem Grundsatz der Akzessorietät vielleicht widersprechen, aber mit § 1153 hat dieser Fall nichts zu tun, weshalb — andere Bestimmungen kommen ebenfalls nicht in Frage — der e contrario Schluß aus § 1138 gerechtfertigt ist.

3. Kapitel:

Welche Ansprüche hat der verletzte wirklich Berechtigte?

§ 12.

„Nur auf Kosten eines anderen Rechts kann naturgemäß der gute Glaube geschützt sein, kann ein Rechtseffekt eintreten, als seien die in Wahrheit nicht vorhandenen Voraussetzungen gegeben“ [1]).

So erfolgt auch der gutgläubige Erwerb der Hypothek auf Kosten und aus dem Vermögen des wahren Berechtigten und es braucht nicht erst hervorgehoben zu werden, daß der eingetretene Rechtsverlust in dinglicher Beziehung ein definitiver ist, ist doch auch der Rechtserwerb ein endgültiger [2]).

Dem Geschädigten bleibt lediglich ein persönlicher Bereicherungsanspruch gemäß § 816. Hierbei wird der für die Frage des gutgläubigen Erwerbs, im Gegensatz zum früheren Recht unerhebliche Unterschied zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Erwerb von Bedeutung. Freilich gewährt auch die Bestimmung des § 816, Abs. 1, Satz 2 nur einen schuldrechtlichen Anspruch, im Konkurse des Erwerbers also kein Aussonderungsrecht [3]).

Nur wenn die Verfügung des Pseudogläubigers eine unerlaubte Handlung war (§§ 823 ff.), kann der verletzte wirklich Berechtigte diesen auf Schadenersatz verklagen. Hat der Grundbuchbeamte vorsätzlich oder fahrlässig die ihm obliegenden Amtspflichten verletzt, so gründet sich der Ersatzanspruch auf §§ 839 B.G.B., 12 G.B.O., Artikel 131, R.V.

---

[1]) Hachenburg, Vortr. S. 130.
[2]) Siehe auch oben § 1, I, 3 c.
[3]) Vergl. Kober, § 892, V, 1. und die dort angegebene Literatur.